

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 21 – Numéro 2

Année : 1990-1991

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13450>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13450>

Page vide laissée intentionnellement.

LA NOUVELLE LOI SUR LA SÉCURITÉ DU REVENU AU QUÉBEC : QUELQUES RÉFLEXIONS D'ACTUALITÉ.....	335
Par Lucie LAMARCHE	
PRINCIPES DE DROIT INTERNATIONAL APPLICABLES AU PHÉNOMÈNE DES PLUIES ACIDES.....	373
Par Pierre-François MERCURE	
LA CHARTE CONSTITUTIONNELLE DE 1982 ET LA DÉMOCRATIE ÉLECTORALE CANADIENNE.....	429
Patrice GARANT	
LE DROIT AU SECOURS DANS LA PROVINCE DU QUÉBEC	479
Alain KLOTZ	
HISTORIQUE ET PROBLÉMATIQUE DU RÉGIME DE NÉGOCIATION COLLECTIVE DANS LE SECTEUR DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX.....	519
Par Jean-Louis DUBÉ Pierre GINGRAS	
LE RÉGIME DE NÉGOCIATION COLLECTIVE DANS LE SECTEUR DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX.....	567
Par Monique SIMARD	
LA NÉGOCIATION COLLECTIVE DANS LE SECTEUR PUBLIC	583
Par Jean-Claude LECLERC	
Chronique de droit de la santé	
L'AFFAIRE « BÉLANGER c. CITÉ DE LA SANTÉ DE LAVAL » : DE LA QUALIFICATION DU LITIGE ET DE L'APPLICATION DES CHARTES	589
Par Louise LUSSIER	

Page vide laissée intentionnellement.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA NOUVELLE LOI SUR LA SÉCURITÉ DU REVENU AU QUÉBEC :
QUELQUES RÉFLEXIONS D'ACTUALITÉ

Auteur(s) : Lucie LAMARCHE

Revue : RDUS, 1990-1991, volume 21, numéro 2

Pages : 335-366

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13442>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13442>

Page vide laissée intentionnellement.

LA NOUVELLE LOI SUR LA SÉCURITÉ DU REVENU AU QUÉBEC: QUELQUES RÉFLEXIONS D'ACTUALITÉ*

par Lucie LAMARCHE**

Le travail à n'importe quel prix est devenu une obligation incontournable depuis que l'État ne reconnaît plus la créance collective des plus démunis à son endroit. Au Québec, l'entrée en vigueur de la Loi sur la sécurité du revenu n'échappe pas à cette logique. Il s'agit d'une législation qui a essentiellement pour objet de forcer et non de faciliter la réintégration du marché du travail par les bénéficiaires. C'est ce que le présent article entend d'abord démontrer. Pour ce faire, l'auteure procédera à l'examen de la nouvelle norme de l'aptitude au travail ainsi qu'à celui des fonctions essentiellement disciplinaires qu'elle entraîne avec elle. Dans un deuxième temps, quelques questionnements juridiques sont soulevés: que peut-on espérer du respect du droit à la sécurité de sa personne garanti par l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés lorsqu'une loi, dite de sécurité du revenu, met tout en oeuvre pour nier la reconnaissance du droit à la garantie de moyens de subsistance? Qu'en est-il du droit aux mesures d'assistance financière garantissant un niveau de vie décent énoncé à l'article 45 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec?

Par ailleurs, l'auteure prétend qu'il faut tenter de tirer le maximum d'enseignement de la récente décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire Finlay. À l'occasion de l'adoption de la Loi sur la sécurité du revenu, le gouvernement québécois tenterait d'atteindre un seuil de désengagement que n'autoriserait pas les règles de financement du Régime d'assistance publique du Canada.

Enfin, n'est-ce pas au coeur des plus profonds engagements de la communauté internationale qu'il faut chercher à identifier les limites négatives que peuvent atteindre les mathématiques de la sécurité sociale? Car on ne saurait renoncer au respect de la dignité humaine, lequel est, entre autres moyens, garanti par des mesures d'assistance financière efficaces et suffisantes aux fins de combler les besoins essentiels des citoyens les plus démunis.

*. Ce texte a fait l'objet d'une communication dans le cadre de l'une des journées du droit social et du travail organisées par le Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal. Cette session, intitulée «Le nouveau droit de la sécurité sociale: une obligation de travailler?» s'est tenue à l'Uqam le 24 mai 1990.

**. Avocate et professeure au Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal.

This article shows that the philosophy underlying Quebec's Income Security Act is that any work is better than no work at all, and that the state no longer accepts the collective claim of the disadvantaged to adequate social security. This newly enacted legislation aims not simply to facilitate return to work, but to force welfare recipients back into the work force. Particular attention will be paid to provisions regarding classification of recipients according to their capacity to work, and the disciplinary functions of these new rules.

Charter questions will be raised: does section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms provide protection against a so-called income security act that does everything to deny the right to a decent standard of subsistence? Does section 45 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms really ensure an acceptable standard of living?

The author discusses the importance of the Federal Court of Appeal decision in the Finlay case; examining whether Quebec's welfare cutbacks are compatible with the rules prescribed by the Public Assistance Act.

The article concludes with a look at international sources, reminding us that the quality of financial assistance programs is a measure of a society's respect for human dignity.

(1991) 21 R.D.U.S.	La nouvelle Loi sur la sécurité du revenu au Québec: quelques réflexions d'actualité	337
--------------------	--	-----

SOMMAIRE

INTRODUCTION	339
1. Les deux principaux modèles américains	340
2. La réforme québécoise	345
3. L'aptitude au travail et les mesures disciplinaires	351
4. Le sort éventuel de la norme d'aptitude	355
5. Quelques questionnements juridiques	358
a) Le droit à la sécurité de sa personne et l'aide sociale	358
b) La conformité de la <i>Loi sur la sécurité du revenu</i> aux règles de financement de la sécurité sociale au Canada	363
6. Le droit aux mesures d'assistance financière garantissant un niveau de vie décent: une proposition mathématique	370
CONCLUSION	371

INTRODUCTION

Déjà quelques années nous séparent des premiers énoncés de politique du ministre de la Main-d'oeuvre, de la sécurité du revenu et de la formation professionnelle en ce qui a trait à la réforme de l'aide sociale au Québec¹. Rappelons qu'à l'époque, certaines prémisses de cette réforme avaient eu un effet foudroyant. Après analyse, force nous fut de constater que cette réforme s'inscrivait dans la foulée des nouvelles législations de *workfare* américaines et canadiennes et qu'elle n'avait pas vraiment de caractère insolite.

Les années Reagan ont en effet été marquées par une stratégie de *délestage systématique de l'État-Providence à l'occasion de laquelle le travail est devenu une obligation incontournable et la famille le principal relais économique de la pauvreté*². Les objectifs de cette révolution conservatrice sont clairs: il s'agit de diminuer les coûts de l'assistance sociale et de créer une pression à la baisse sur les salaires. Le *work for welfare* n'est cependant pas un modèle unique aux États-Unis. L'on croit généralement que l'effet d'une politique de *workfare* consiste à faire dépendre le bénéfice de la prestation d'un travail accompli au profit de l'État, la municipalité ou certains employeurs et ce, sans forme réelle de rémunération. À titre d'exemple, en Californie, l'obligation de travailler pour l'État n'intervient qu'après l'accès à une formation et ce, pour une période déterminée. D'autres États ont cependant adopté une réelle politique de *workfare* qui consiste à devoir justifier son droit à une prestation par un travail non rémunéré. Il s'avère donc que le vocable *workfare* signifie tantôt une réelle obligation de travailler dans le but de bénéficier d'une prestation d'assistance sociale et tantôt l'accès à un plan d'*employabilité* dans le but éventuel de ne plus avoir à dépendre de ces prestations.

Cet article a pour objet de démontrer qu'en réalité, la réforme de l'aide sociale au Québec a pour objet de *forcer* et non de *favoriser* la réintégration du marché du travail par les bénéficiaires. Les moyens retenus pour ce faire sont des plus classiques: une législation compliquée, des démarches humiliantes, une aide insuffisante et un renforcement des fonctions disciplinaires et coercitives de la Loi. Pour ce faire, nous nous inspirerons d'abord de certaines expériences américaines. Malgré la réputation des programmes de *workfare* américains, l'expérience révèle que

-
1. Ministère de la Main-d'oeuvre et de la sécurité du revenu, *Pour une politique de sécurité du revenu*, document d'orientation, Québec, 1987.
 2. Frédéric LESEMANN, *La Politique sociale américaine: les années Reagan*, Montréal, Éditions Saint-Martin, 1988, p. 116.

lorsque l'État est prêt à payer le prix réel de la formation, les bénéficiaires des programmes de sécurité du revenu sont assurés d'une certaine place sur le marché de l'emploi. Le législateur québécois s'est-il inspiré des mêmes postulats? Ensuite, nous tenterons de fournir des éléments de réflexion qui permettront de surveiller et de comprendre l'évolution de cette nouvelle norme qu'est l'aptitude au travail, laquelle constitue la pierre angulaire de la nouvelle *Loi sur la sécurité du revenu*. Enfin, nous soumettrons une nouvelle phrase mathématique, qui, nous le croyons, résume succinctement ce qu'est devenu dans les faits, au Québec, le droit au niveau de vie décent garanti par l'article 45 de la Charte québécoise.

1. Les deux principaux modèles américains

Personne ne conteste la nécessité de venir en aide aux bénéficiaires de l'aide sociale par des programmes de formation à l'emploi. L'analyse révèle cependant les dimensions cachées de cette affirmation parfois trop évidente. Les problèmes qui freinent l'accès au marché du travail sont complexes. Pour mieux les résoudre, les administrateurs des différents programmes de *workfare* ont choisi de segmenter les populations bénéficiaires en fonction de la durée de leur séjour au sein de ces programmes ou de leur appartenance à des groupes plus susceptibles, économiquement, d'y recourir. Souvent, un séjour d'une durée inférieure à deux années amènera les diverses agences à proposer au bénéficiaire des mesures dites de réinsertion rapide fondées sur le postulat que ce court séjour pourrait avoir une cause accidentelle plutôt que structurelle. Par ailleurs, l'emphasis dans l'effort de retour au travail sera mise sur des groupes qui, en raison de leur pauvreté, accaparent une grande part du budget d'assistance sociale. Les femmes, chefs de familles monoparentales, en constituent un bon exemple. On pourrait croire que les «services» offerts aux différentes catégories de bénéficiaires, ciblées essentiellement en fonction des critères ci-haut énumérés, soient adaptés aux besoins spécifiques: par exemple, il est bien connu que les difficultés liées aux charges familiales accroissent, chez les femmes chefs de familles monoparentales, la complexité d'une démarche de réinsertion en emploi. Ces réalités seraient prises en considération si le but ultime de ces programmes était autre que celui de combler les vacances au sein des nouvelles catégories d'emploi (l'emploi à temps partiel ou intérimaire) ou des catégories d'emploi n'offrant que le salaire minimum. On a trop souvent omis de préciser que tout emploi vacant est, aux fins des législations de *workfare*, un emploi acceptable qui doit être comblé. Comme la réserve de main-d'oeuvre que constituent les bénéficiaires des programmes d'aide sociale est destinée à ce marché de l'emploi, on comprend rapidement que les programmes de formation et de réinsertion en emploi, ont, somme toute, des objectifs modestes qui occultent une réalité toute autre. La segmentation des populations bénéficiaires de l'aide sociale sert

d'abord de méthodologie d'identification des personnes appartenant à des groupes qu'il faut prioritairement retourner en emploi.

Dans tous les cas, il s'agit de réduire le nombre de bénéficiaires en recourant au concept d'*employabilité* dans le but de contraindre au travail toutes les personnes qui ne sont pas complètement inaptes. Les aménagements divers que peuvent comporter les programmes ne sont qu'un prétexte. Cette vaste opération de coupures repose essentiellement sur le postulat du plein emploi et non sur une politique de plein emploi.

En fonction de ces données, différentes approches ont été retenues par les États américains qui ont choisi de relever le défi de l'*employabilité*. Certains ont choisi l'approche volontaire. C'est le cas du Massachusetts. D'autres ont affirmé que l'*employabilité* ne saurait se concevoir sans que ne soit privilégié le choix des bénéficiaires pour un type d'emploi, tout en maintenant qu'il est légitime que soit exclu du régime un bénéficiaire qui refuse de profiter des programmes de formation ou les abandonne sans motif sérieux. C'est le cas de la Californie. Dans un cas comme dans l'autre, il importe que soient précisées les modalités des réformes mises en oeuvre.

Dans le cas du Massachusetts, le législateur a préféré miser sur la volonté des bénéficiaires de participer à un programme sans recourir à quelque mesure coercitive pour ce faire. La taille de la population a pu influencer sur ce choix. Les évaluations préliminaires de ce programme mis sur pied en 1983 révèlent que, sur une période de 3 ans, 10% des bénéficiaires ayant profité des programmes sont toujours sur le marché du travail. Cependant, la moyenne de gains annuels de ces nouveaux travailleurs est de \$10,000, soit 11% de plus que le seuil national de pauvreté³. Il faut ici préciser qu'aux fins de bénéficier des divers programmes d'assistance sociale, le seuil de pauvreté a lui-même été victime d'une manipulation à la baisse. Ainsi, l'éligibilité à divers programmes anti-pauvreté, telles les allocations aux enfants destinées aux familles monoparentales, le *Medicaid*, les subventions au logement et le supplément de revenu, est refusée à un grand nombre de familles qui ne sont plus assez pauvres⁴.

L'expérience a aussi révélé que les bénéficiaires de l'aide sociale veulent travailler et recevoir une formation. L'État a donc entrepris la négociation d'ententes importantes avec tous les collèges d'enseignement et les universités afin de permettre l'inscription des citoyens à des programmes

3. C.M. ATKINS, «20,00 Choose Paycheck Over Welfare Check», (1986) Public Welfare 20.

4. Frédéric LESEMANN, *op. cit.*, note 2, p. 117-121.

d'études et de formation. Aucun emploi subventionné n'a été créé afin de se substituer à la formation. Certains stages en entreprise ont toutefois été reconnus lorsque la formation requise avait été qualifiée de «légère». L'expérience ne permet pas, cependant, d'évaluer le pourcentage d'ex-bénéficiaires qui ont trouvé un emploi par eux-mêmes et non en raison de la formation reçue ou même, indépendamment de toute formation. On peut présumer qu'avec un revenu moyen de \$10,000, plusieurs ont trouvé un emploi qu'ils n'auraient par ailleurs pas accepté, n'eût été de ce vent de réforme. Car bien sûr, l'introduction du programme *E.T.*⁵ a été précédée et supportée par une vaste campagne de valorisation de l'éthique du travail, laquelle fut associée aux valeurs de dignité et d'autonomie. Les valeurs auxquelles adhèrent une population et en particulier, ceux et celles qui occupent un emploi, ne seraient donc pas sans influencer sur le choix de l'État dans la détermination de sa politique de *workfare*.

Compte tenu du nombre de bénéficiaires visés par une telle démarche, l'expérience californienne n'a pas été menée sur une base volontaire. Il faut dire qu'elle est le résultat d'un compromis politique durement négocié entre les conservateurs et les libéraux de cet État. Le programme *GAIN* (*Greater Avenues to Independance*) a été adopté en 1985. Essentiellement, il donne des choix et impose des contraintes différentes selon le type de bénéficiaire visé.

Ceux et celles qui bénéficiaient de l'aide sociale depuis moins de deux ans se voient offrir, dans un premier temps, des mesures d'*employabilité* légères du type des programmes de recherche dynamique d'emploi et ce, pour une durée de trois mois. Subséquemment, si ces mesures s'avèrent infructueuses, ils ont accès à une formation de deux ans en entreprise par voie de stage subventionné ou encore dans une institution d'enseignement.

Ceux et celles qui bénéficiaient de l'aide sociale depuis plus de deux années sont immédiatement inscrits à un programme de formation. À la fin de ce programme, les chômeurs doivent travailler pour l'État afin de rembourser cette formation et ce, pour au plus un an. Durant cette année, le salaire versé est celui des emplois industriels «d'entrée». Si cette étape est infructueuse, on entreprend une nouvelle formation. Ce cheminement ne correspond pas tout à fait au modèle du travail forcé (*workfare*). Enfin, pour l'année 1986, l'État a dépensé 134 millions au seul chapitre des services additionnels de garde. Ironiquement, l'expérience californienne révèle

5. Employment Training Programs (E.T.), du nom du célèbre film de Steven Spielberg.

qu'elle a sensiblement contribué à accroître les dépenses de l'État et non à les réduire: un résultat inverse aux espoirs politiques de départ⁶.

De cette expérience, retenons qu'il est possible de ramener au marché de l'emploi certains bénéficiaires de l'aide sociale. Mais, il est très clair que ces derniers ne peuvent espérer mieux que le salaire minimum ou le salaire dit d'entrée sur le marché du travail. Cet objectif étant compris, il est facile d'affirmer que l'un des effets d'une telle réforme est de privilégier les conditions de travail des secteurs d'emploi les moins intéressants en y introduisant la concurrence⁷. Or, ce que révèle l'expérience américaine, c'est que même en acceptant que les emplois les moins intéressants doivent être comblés, seule une formation qui correspond aux attentes des bénéficiaires et qui est entreprise volontairement est efficace⁸. L'obligation de travailler ne contribue pas significativement à la recherche d'emploi librement acceptés. Seule une formation sérieuse et soutenue permet d'accéder à de tels emplois. Ceci étant dit, il est concevable que des programmes de *workfare* puissent être mis sur pied sans être accompagnés d'un effort significatif de l'État en ce qui a trait à la formation efficace des populations bénéficiaires et au respect de leur droit au travail librement choisi. En effet, l'objectif principal de tels programmes n'est pas de créer une main-d'oeuvre compétente mais bien de contraindre une main-d'oeuvre à l'emploi, malgré la conjoncture socio-économique actuelle.

2. La réforme québécoise

Il n'est pas sans intérêt de souligner le credo économique et sociologique qui a précédé l'entrée en vigueur de la réforme de l'aide sociale au Québec. Comme dans le cas du modèle américain, on a pu constater que l'objet de la réforme québécoise se situe quelque part entre le renforcement de l'éthique du travail (l'obligation de travailler et la valorisation par le travail) et la remise en question de la créance collective des plus démunis de notre société envers l'État (réaménagement des obligations de l'État-Providence). Cependant, la lecture des obligations réciproques que génèrent ces deux nouvelles réalités est dorénavant inspirée de postulats dont l'allégeance au néo-libéralisme est claire. Ainsi, la politique de sécurité du revenu énonce que l'État «*ne peut présumer, malgré un taux de chômage qui demeure encore élevé, que les personnes employables ne pourront*

6. D.L. KIRP, «The California work/welfare scheme», (1986) 83 *The Public Interest* 1^{ère} page, 34.

7. Voir Gérard BOISMENU, «De l'assistance de dernier recours à la gestion technicienne des sans-emploi», (1989) 13 *Cahiers de recherche sociologique*, 153, 158.

8. L'expérience du programme WIN s'étant révélé, à défaut d'offrir ces garanties, une faillite totale. Voir D.L. KIRP, *loc. cit.*, note 6, 38.

retourner sur le marché du travail ou ne sauront se créer un emploi»⁹. Dans cette perspective, ajoute le ministre, «*le cadre législatif et réglementaire devra mieux définir les responsabilités des bénéficiaires et réaffirmer certaines obligations*»¹⁰. Enfin, le culte du salaire minimum est renforcé:

«les prestations (...) ne doivent pas excéder les ressources financières dont disposent les autres personnes à faible revenu(...). Le nouveau système de sécurité du revenu devra également imposer aux personnes admissibles les mêmes responsabilités que celles qui incombent habituellement aux ménages à faibles revenus»¹¹.

Nous orienterons cependant la réflexion qui suit en fonction des objectifs de la réforme, tels qu'énoncés à l'article 1 de la *Loi sur la sécurité du revenu*¹². En effet, l'analyse des droits fondamentaux garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*¹³ et celle des droits sociaux et économiques énoncés dans la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁴ du Québec impose un examen méticuleux de la conformité et de la proportionnalité des mesures retenues eu égard aux objectifs déclarés de la Loi¹⁵. L'article 1 énonce entre autres objectifs, que les programmes APTES (actions positives pour le travail et l'emploi) doivent «*favoriser l'intégration ou la réintégration au marché du travail des personnes aptes au travail tout en considérant que les personnes déjà sur le marché du travail ou aux études doivent conserver une incitation à y demeurer*»¹⁶.

La *Loi sur la sécurité du revenu* a sensiblement modifié les engagements de l'État au chapitre de la pauvreté. Alors que sous le régime de la défunte *Loi sur l'aide sociale* le droit à l'aide sociale était strictement basé sur le constat d'un déficit entre les ressources et les moyens¹⁷, le nouveau régime introduit un droit à l'aide sociale en fonction de l'appartenance des personnes à certaines catégories de bénéficiaires.

9. Ministère de la Main-d'oeuvre et de la sécurité du revenu, *op. cit.*, note 1, p. 5.

10. *Id.*, p. 14.

11. *Id.*, p. 19.

12. *Loi sur la sécurité du revenu*, L.R.Q. c. S-3.1.1.

13. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)].

14. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12.

15. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

16. *Loi sur la sécurité du revenu*, précitée, note 12, art. 1, 3e alinéa.

17. *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., c. A-16, art. 3; voir aussi *Loi de l'aide sociale*, S.Q. 1969, c. 63, art. 3.

De plus, les besoins qui font théoriquement l'objet d'une forme d'aide ne sont pas les mêmes selon que les bénéficiaires sont aptes ou inaptes au travail. Dans le cas des personnes aptes, seuls les besoins à court terme sont comblés. La prestation accordée aux bénéficiaires inaptes tiendra cependant compte de besoins à long terme. Le principe selon lequel le droit à des mesures d'assistance financière ne dépend pas des causes de la pauvreté est dorénavant révolu. La nouvelle norme revêt essentiellement des caractéristiques physiologiques et «comportementales» (la disponibilité à accepter tout type d'emploi) dont dépendra le montant de l'aide accordée.

De plus, la *Loi sur la sécurité du revenu* a choisi de comptabiliser toutes les formes d'entraide et de solidarité, réelles ou présumées, dont bénéficient les prestataires: contribution parentale¹⁸, partage du logement¹⁹, support alimentaire entre descendants et ascendants²⁰. Cette approche est particulièrement économiste, lorsque l'on sait que sans ces formes d'aide, les bénéficiaires de l'aide sociale ne pouvaient survivre, même en fonction des barèmes uniques et supérieurs de l'ancienne *Loi sur l'aide sociale*²¹. D'un point de vue plus idéologique, cette nouvelle «comptabilité» isolera d'autant les prestataires et favorisera la valeur *travail* puisque, étant largement déficitaires, les prestataires n'auront d'autres choix que d'accepter un emploi. Ces formes de solidarité ne seront dorénavant souhaitables et nécessaires que pour les travailleurs. À bien y penser, il est facile de croire que ces mesures auront, eu égard au nombre de personnes qui réintégreront le marché du travail, un bien meilleur rendement que les mesures de formation elles-mêmes. Mais à quel prix?

Les prestataires visés par l'ensemble de ces nouvelles mesures sont les prestataires aptes au travail. En effet, la *Loi sur la sécurité du revenu* introduit une nouvelle norme juridique: celle de l'aptitude. Seront aptes au travail ceux et celles qui ne sont pas inaptes. La définition de l'inaptitude, bien qu'il ne s'agisse pas ici de notre propos, mérite d'être reproduite:

18. *Loi sur la sécurité du revenu*, précitée, note 12, art. 13(2)(g).

19. *Loi sur la sécurité du revenu*, précitée, note 12, art. 13(2)(f).

20. *Loi sur la sécurité du revenu*, précitée, note 12, art. 30, 31, 32.

21. Jo-Ann Bellware et Diane Charest, ministère de la Main-d'oeuvre et de la sécurité du revenu, *Monoparentalité féminine et aide sociale*, Québec, 1986, p. 69.

«Sont admissibles au programme "Soutien financier" un adulte seul qui respecte les conditions suivantes et une famille dont l'un des membres respecte les mêmes conditions: démontrer que, par la production d'un rapport médical, son état de santé physique ou mental, est, de façon significative, déficient ou altéré pour une durée vraisemblablement permanente ou indéfinie et que, pour cette raison et compte tenu de ses caractéristiques socio-professionnelles, il présente des contraintes sévères à l'emploi l'empêchant de subvenir à ses besoins et à ceux de sa famille»²².

Subséquentement, les personnes aptes sont catégorisées entre elles. Soulignons d'abord que la Loi ne crée aucune obligation de travailler. Juridiquement, le choix de travailler est volontaire. Le bénéficiaire s'engage à respecter un plan d'action duquel découlera un ensemble de conséquences et d'obligations. En fonction des situations multiples que génère ce nouveau cadre législatif, quatre catégories de bénéficiaires aptes au travail sont créées.

Certains seront disponibles parce qu'ils auront manifesté leur intérêt à participer dans une mesure d'*employabilité*²³. Cependant, le régime n'offre aucune garantie de formation sur mesure. Le prestataire

22. *Loi sur la sécurité du revenu*, précitée, note 12, art. 6 (1^o). Fait à noter, les carences psycho-sociales qui constituent de sérieux obstacles à l'*employabilité* ne font pas partie de la liste des maladies mentales qui permettent de conclure à l'inaptitude. On sait que le manque d'estime de soi, le manque d'autonomie, la peur du marché du travail, la présence d'enfants et souvent à la violence du conjoint, constituent de réels obstacles à l'emploi. C'est donc que le ministre estime qu'il s'agit là de déficiences provisoires, ce qui peut être le cas. Il faut cependant prendre bien soin ici d'envisager une acception large du terme provisoire. De plus, rien ne laisse croire que des budgets spéciaux seront affectés à la résolution de ces difficultés particulières non plus qu'on semble avoir prévu que ces facteurs justifieront un échec non préjudiciable dans le cadre d'un programme d'*employabilité*. Par ailleurs, lorsque le prestataire prétend fonder l'inaptitude sur un motif qui n'est pas énuméré à la liste des maladies reconnues dont dispose le fonctionnaire, son inaptitude sera jugée par le Comité régional essentiellement composé de médecins... *Manuel d'interprétation des programmes APTE et soutien financier* (Ministère de la Main-d'oeuvre et de la sécurité du revenu, mise à jour de novembre 1989), p. 1.1.5. À ce jour, le Comité de révision régional n'a pas encore siégé dans la région de Montréal, malgré les demandes de révision qui s'empilent. Pendant ce temps, les prestataires qui contestent la non reconnaissance de leur statut d'inaptes doivent se contenter du statut d'aptes temporairement non-disponibles, lequel implique une prestation mensuelle moins élevée.

23. *Loi sur la sécurité du revenu*, précitée, note 12, art. 17.

doit manifester son intérêt à s'engager dans toute mesure d'*employabilité*²⁴.

D'autres prestataires seront participants²⁵. Ils sont déjà inscrits à un programme. Cependant, pour bénéficier de ce statut, il faudra effectivement participer²⁶.

Enfin certains seront non-participants²⁷. Il s'agit des prestataires qui auront cessé ou refusé de participer à une mesure d'*employabilité*.

En sus, une catégorie de non-disponibles est créée. Il s'agit des personnes présentant une inaptitude temporaire au travail en raison de motifs énumérés à la Loi²⁸. Soulignons qu'une personne qui a la garde d'un enfant d'âge préscolaire fait partie de cette catégorie ainsi qu'une personne âgée de 55 ans ou plus.

La réforme québécoise prend donc pour acquis que l'obligation de travailler ne comporte pas de pondération fondée sur le droit au travail de son choix. Ce choix juridique clair est bien éloigné des constatations tirées de l'expérience américaine où on tente de réconcilier, du moins dans les États où l'on prétend avoir relevé le défi de l'*employabilité*, le choix d'un travail et l'obligation de travailler. La forme de la législation québécoise s'apparente au modèle du Massachusetts (modèle volontaire). Quant à son contenu, cependant, elle opère d'une façon coercitive bien plus violente que dans le cas du modèle californien. Soulignons qu'au Québec, 60% des nouveaux bénéficiaires de l'aide sociale y restent pour plus d'un an²⁹. Même d'un point de vue statistique, l'hypothèse selon laquelle des mesures d'*employabilité* légères suffisent à un bon nombre de bénéficiaires ne réglera le sort que de bien peu de Québécois, compte tenu de la durée moyenne de séjour de ces personnes sur l'aide sociale,

24. Le *Manuel d'interprétation des programmes aptes et soutien financier*, *op. cit.*, note 21, prévoit explicitement que le prestataire qui insiste pour bénéficier d'une mesure spécifique se verra imposer un barème inférieur au barème de participation (barème de non-participation), p. 2.2.2 et 2.2.3 du *Manuel*.

25. *Loi sur la sécurité du revenu*, précitée, note 12, art. 18.

26. Ainsi, la suspension temporaire des études en raison de la période estivale, la fin d'un projet ou l'avortement d'un projet sont des situations qui entraîneront la diminution du barème, *Manuel d'interprétation*, *op. cit.*, note 22, p. 2.2.5 et 2.2.6.

27. *Loi sur la sécurité du revenu*, précitée, note 12, art. 19.

28. *Loi sur la sécurité du revenu*, précitée, note 12, art. 16. Ouvertement, les fonctionnaires admettent que l'un des objectifs de ce système de catégorisation consiste à «classer» le plus de prestataires possible dans la catégorie temporaire des aptes non-disponibles plutôt que dans la catégorie des inaptes, lequel statut ne fait pas l'objet d'une révision périodique.

29. Ministère de la Main-d'oeuvre et de la sécurité du revenu, *op. cit.*, note 1, p. 26.

laquelle excède dans la majorité des cas une période de deux années³⁰. L'obligation de travailler, considérant l'absence patente d'un plan de formation dûment financé au Québec, ne peut donc avoir pour objectif principal que d'évacuer du régime un bon nombre de bénéficiaires³¹. Par ailleurs, les complications créées par la nouvelle Loi elle-même participeraient de façon secondaire à ce même objectif.

Il convient d'insister sur ce qui distingue réellement les catégories de bénéficiaires les unes des autres en vertu de ce nouveau régime. Essentiellement, c'est le montant de la prestation mensuelle. La logique du barème semble être la suivante: plus le prestataire affiche le comportement du bon bénéficiaire, plus le montant des besoins de base est élevé. Inversement, le non-participant voit le montant de ses besoins de base réduit et est laissé à lui-même quant aux revenus de travail qu'il devra gagner afin que le total des argents disponibles soit le même que celui du prestataire participant. En d'autres mots, le non-participant a droit à des revenus de travail exclus du calcul des revenus du mois supérieurs aux revenus exemptés du participant³².

Dans le cas des prestataires disponibles mais non-participants, le barème des besoins est inférieur à celui des participants mais les revenus de travail exclus sont les mêmes. On finit par se demander s'il n'est pas plus rentable, d'un certain point de vue, de se déclarer non-participant plutôt que disponible, puisque de toute façon, le barème général est conçu en fonction de la nécessité de gagner un revenu de travail complémentaire pour survivre et qu'il *est insuffisant pour* toutes les catégories de bénéficiaires.

30. Dans le cas des moins de trente ans, l'expérience combinée des stages en milieu de travail, programmes de rattrapage scolaire et travaux communautaires a beaucoup plus contribué à renforcer l'éthique du travail qu'elle n'a contribué à créer des emplois ou des travailleurs qualifiés. Voir C. Mathurin, *Le programme de «stages en milieu de travail» (PSMT) et les jeunes assistés sociaux*, Faculté d'éducation permanente, Université de Montréal, 1986, p. 116, cité dans C. Boismenu, *loc. cit.*, note 7, 162.

31. Il est assez révélateur que malgré le discours basé sur la réduction des coûts de l'aide sociale au Québec, le ministre, dans son énoncé de politique ait lui-même admis qu'au-delà d'une participation de 50%, le programme APTE entraînerait des coûts supplémentaires de l'ordre de 55 millions, de 250 millions si elle était de 75% et de 445 millions si elle était de 100%. Ministère de la Main-d'oeuvre et de la sécurité du revenu, *op. cit.*, note 1, p. 33. Comme le souligne G. Boismenu, *loc. cit.*, note 7, 160: «ce projet n'a de sens, au plan de la réduction et du freinage des coûts, que si le taux de participation aux filières est relativement bas».

32. *Règlement sur la sécurité du revenu*, (1989) 121 GO II, 3304, art. 13. Tel que modifié par (1989) GO II, 6297.

3. L'aptitude au travail et les mesures disciplinaires

Inspiré d'une fiction voulant que toutes les mesures d'*employabilité* seront fructueuses, la Loi prévoit des dispositions qui ont pour objet de pénaliser les prestataires qui manqueraient d'initiative... Par exemple, l'article 28 de la Loi crée une obligation générale d'entreprendre des démarches appropriées afin de trouver un emploi et de se conformer aux instructions du ministre à cette fin. L'article 29 prévoit qu'un adulte apte ne doit pas, sans motif sérieux, refuser, perdre ou abandonner un emploi dans le but de se voir accorder de l'aide. Les articles 83 et suivants du *Règlement sur la sécurité du revenu*³³ prévoient une réduction mensuelle d'aide de \$100 pour une période d'un an à l'égard d'un bénéficiaire qui refuse de se conformer aux articles 28 ou 29 de la Loi. Une violation subséquente peut faire l'objet d'une autre pénalité concurrente de \$100.

Comment mettre fin à ces pénalités? En se conformant aux instructions du ministre ou en acceptant ou en reprenant un emploi. Mais lorsqu'il s'agit de se conformer aux instructions du ministre aux fins de trouver un emploi, l'article 17 de la Loi prévoit que le barème de disponibilité ne s'applique pas à un adulte apte qui a, dans les douze derniers mois, refusé ou abandonné une mesure d'*employabilité*. Il faudra donc, pour que le barème autre que de non-participation s'applique, qu'une mesure d'*employabilité* soit immédiatement disponible, ce qui est hautement improbable³⁴, à moins que la mesure ne consiste en l'engagement solitaire du prestataire de se mettre en quête d'un emploi. Dans ce cas, il aura fait la preuve qu'il n'a besoin ni de l'aide sociale, ni de mesures d'*employabilité*.

33. *Règlement sur la sécurité du revenu*, (1989) 121 *GO* II, 3304, art. 83.

34. À ce jour, seul un prestataire sur trois pourrait souscrire à une mesure d'*employabilité*, faute de budgets suffisants pour répondre à la demande générale des prestataires. Dans ces circonstances, il est simple de comprendre que la recherche dynamique d'emploi, processus isolé et individualisé, soit la solution économique et coercitive la plus viable pour l'État. De plus, alors que les Commissions de formation professionnelle du Québec sont à redéfinir une fois de plus les besoins des entreprises et des québécois en matière de formation, la formation académique serait l'option la moins privilégiée par le ministre quant aux mesures d'*employabilité*. Comme l'expérience californienne l'a démontré, ces dernières, si elles sont les plus efficaces... sont aussi les plus onéreuses et les plus longues. Enfin, il faut déployer des efforts démesurés pour convaincre le ministre de l'opportunité d'une mesure de formation qui n'est pas une mesure administrativement prescrite. À cet égard, rien n'étonne puisque c'était déjà la situation des moins de trente ans et des femmes chefs de famille sous le régime de l'ancienne *Loi sur l'aide sociale* qui offrait à peu de choses près les mêmes programmes, à savoir: stages en milieu de travail, rattrapage scolaire et travaux communautaires.

De plus, l'acceptation de se conformer aux instructions du ministre ne permettrait la suspension de toute pénalité que s'il ne s'agissait pas d'un prestataire qui bénéficie des dispositions de la Loi et qui a précédemment abandonné un emploi. En effet, la pénalité imposée en vertu de l'article 29 de la Loi serait alors maintenue et la mensualité continuerait d'être réduite de \$100. Quoi de mieux pour faire comprendre à un adulte apte au travail que sa place n'est définitivement pas sur l'aide sociale?

Le meilleur barème est celui des participants. Qu'on fait les signataires de plans d'action depuis un an? Dans plusieurs cas, ils se sont simplement engagés à chercher un emploi. Dans d'autres cas, ils ont tenté de s'inscrire à un cours offert par les Centres de formation professionnelle ou encore ont suivi une démarche d'*employabilité* dans un projet BAS³⁵ ou SEMO³⁶. Certains enfin, ont suivi un stage en entreprise. Ces démarches, souvent amorcées à l'aveuglette, faute de support professionnel suffisant³⁷ ou de ressources adéquates, se sont avérées ou s'avéreront sous peu inefficaces ou insuffisantes. Par ailleurs, il est possible que les bénéficiaires inscrits soient encore en attente d'un programme.

35. Le programme BAS (bénéficiaires d'aide sociale) est un programme fédéral. Le gouvernement fédéral et la plupart des gouvernements provinciaux ont conclu des accords selon lesquels des fonds du Régime d'assistance publique du Canada ont été transférés à la Planification de l'emploi (PDE) et aux programmes provinciaux afin de bénéficier aux assistés sociaux. *Leur participation doit cependant être volontaire.* (voir: Gouvernement du Canada, *Programmes et activités fédéraux-provinciaux*. Répertoire, 1988-1989, p. 13-11). Pour l'exercice 1989-90, la part de financement fédéral à l'échelle nationale a été de 200 millions \$. Les provinces s'engagent à verser le même montant. Le Québec a injecté 62 millions de dollars pour l'exercice 1988-89 (voir: Ministère de la Santé nationale et du bien-être social, *Répertoire des programmes de sécurité du revenu au Canada*: janvier 1988, Ottawa, 1989, p. 82). Ainsi, 25% des bénéficiaires des divers programmes de Planification de l'emploi du ministère de l'Emploi et immigration Canada sont des bénéficiaires de l'aide sociale.

36. Il s'agit des Services externes de main-d'oeuvre (SEMO) de Travail Québec. Ces projets, organismes sans but lucratif, ont récemment reçu pour mandat essentiel la formation et le placement en emploi des bénéficiaires d'aide sociale au Québec. En d'autres mots, plusieurs d'entre eux, malgré que leur mandat initial n'ait pas nécessairement été la formation des assistés sociaux, sont menacés de fermeture, faute de financement, s'ils ne rencontrent pas les objectifs de placement d'assistés sociaux imposés par le Ministère.

37. Au cours de l'année de conversion, la durée moyenne d'une entrevue entre un bénéficiaire et son agent SADE (service d'aide au développement de l'emploi) aurait été de huit minutes. Aucun suivi n'a été assumé sauf lorsque des autorisations étaient requises en vue de l'inscription à un stage ou à un cours de formation.

Attardons-nous maintenant au sort de ceux et celles qui ont complété des démarches depuis l'entrée en vigueur de la Loi. Le deuxième alinéa de l'article 17 de la Loi prévoit que le barème de disponibilité ne s'applique pas à ceux et celles qui auront cessé de participer à une démarche dans les douze derniers mois. Qu'en sera-t-il des démarches abandonnées faute de pertinence ou de moyens? S'agira-t-il d'un abandon? La Loi ne prévoit aucune autre possibilité pour le bénéficiaire. Ces derniers seraient donc automatiquement confinés au barème de non-participation pour une année? Qu'en sera-t-il ensuite? Contrairement au modèle californien, par exemple, la Loi ne prévoit pas le cas de la récidive ou le droit à la récidive. Comme nous l'avons vu, le chapitre des obligations prévoit qu'il est de la responsabilité du bénéficiaire d'entreprendre des démarches appropriées pour se trouver un emploi, à défaut de quoi une pénalité mensuelle de \$100 peut lui être imposée. Cette pénalité pourra d'ailleurs être doublée. Comment lever cette sanction? Il faudra accepter un emploi ou accepter de faire des démarches actives de recherche d'emploi. Mais, dans ce dernier cas, la coupure initiale ne devra pas avoir pour cause une perte ou un abandon d'emploi, car la seule façon de lever la sanction sera alors de reprendre cet emploi.

Tout porte à croire qu'après un ou deux essais fondés sur un plan d'action, deux scénarios sont prévisibles: le bénéficiaire aura accepté un emploi, ou tentera de vivre avec le barème de non-participation amputé mensuellement de \$100 pendant un an, ce qui tient de la fiction économique! Le système est à ce point limpide qu'il n'est pas téméraire d'affirmer que la catégorisation des bénéficiaires aptes entre eux n'a qu'une *fonction transitoire*. Dans deux ans, seuls les nouveaux bénéficiaires à l'aide sociale pourront toucher le barème de disponibilité ou de participation. Les autres devront vivre du barème de non-participation souvent amputé d'une pénalité pour abandon d'emploi et pour refus de participer à une mesure.

4. Le sort éventuel de la norme d'aptitude

Certains facteurs influenceront cependant le sort et l'évolution du critère de l'aptitude comme nouvelle norme. Tentons de les identifier.

Le maintien de la paix sociale est une équation à plusieurs volets. L'on sait que les bénéficiaires, malgré une campagne de salissage bien

orchestrée, croient à la réforme et se déclarent volontairement disponibles et participants. L'on sait aussi qu'il n'existe pas de nouveaux programmes³⁸. Mais les bénéficiaires ont senti le poids de leurs nouvelles obligations. D'une part, des employeurs subventionnés se déclarent volontaires pour recevoir en entreprise des bénéficiaires³⁹, mais ces derniers n'entendent pas accepter n'importe quel stage, sentant que leurs chances de bénéficier d'un stage réellement formateur sont sévèrement comptées. Résultat: les employeurs s'impatientent depuis que le travail à rabais a ses exigences. Par ailleurs, les stages en entreprise et les programmes de création d'emplois sont soumis à l'aléa des décisions du Conseil du trésor. Contrairement au Massachusetts, par exemple, l'État québécois crée artificiellement des emplois qu'il qualifie de stages de formation. Sous peu, les bénéficiaires réaliseront que les programmes ont essentiellement pour objet de réduire leurs prestations et de les retourner, dans le meilleur des cas, au régime de l'assurance-chômage. Rien de nouveau sous le soleil, il s'agit ici de créer de nouveaux chômeurs au sens de la *Loi sur l'assurance-chômage*⁴⁰. Cette stratégie n'est pas innovatrice. D'autre part, ne perdons pas de vue que le projet de loi C-21⁴¹ imposera des conditions d'éligibilité au régime qui compliqueront singulièrement l'aller-retour entre l'aide sociale et l'assurance-chômage. Par ailleurs, les employeurs se sentiront frustrés par cette main-d'oeuvre nouvellement exigeante et temporairement moins captive. Quelle sera la réaction de l'opinion publique?

Ensuite, il importe de s'interroger sur le comportement futur des bénéficiaires. En effet, à un certain point, les bénéficiaires auront compris

38. Les mesures d'*employabilité* sont les suivantes: rattrapage scolaire, stages en milieu de travail, expérience de travail (travaux communautaires), retour aux études post-secondaires pour les familles monoparentales, reconnaissance des activités de développement de l'*employabilité* (RADE) ainsi que l'ensemble des mesures de support offertes à l'intérieur des programmes SEMO, lesquelles, sous réserve d'un encadrement supérieur, ramènent indirectement les bénéficiaires aux programmes ci-dessus énumérés. (voir: *Manuel d'interprétation des programmes APTE et soutien financier*, loc. cit., note 22, p. 2.2.12.).

39. Ainsi, le nouveau programme PAIE (Programme d'aide à l'intégration en emploi) vient de voir le jour. Il s'agit d'une version modifiée des bons d'emploi qui, contrairement aux programmes désignés, offre un salaire aux travailleurs plutôt que de les soumettre aux prescriptions de l'article 24 de la Loi, lequel prévoit que le *Code du travail*, la *Loi sur les décrets de convention collective*, la *Loi sur la fonction publique* et la *Loi sur les normes du travail* ne s'appliquent pas à un programme désigné. Dans le cadre du programme PAIE, les municipalités, les entreprises et les groupes communautaires pourront bénéficier d'une subvention au salaire pour une période donnée.

40. L.R.C. 1985, c. U-1.

41. *Loi modifiant la Loi sur l'assurance-chômage et la Loi sur le ministère et sur la Commission de l'emploi et de l'immigration*, LC 1990, c. 40.

la différence réelle entre le barème de participation (puisque le barème de disponibilité ne sera que temporaire dans les faits) et le barème de non-participation: il ne s'agit que de quelques dollars de plus qu'il faudra trouver par ses propres moyens. Le total du montant d'aide directe et indirecte (il s'agit ici des revenus exemptés) étant le même, quel sera l'intérêt de jouer le jeu de la disponibilité? Quel sera l'intérêt de se déclarer disponible à occuper un emploi ou de se soumettre à un plan d'action si tant est que la prestation ne soit pas devenue complètement dérisoire en raison de l'imposition d'une ou de deux pénalités? À ce stade, les réels enjeux de la réforme seront devenus transparents. Cependant, le Québec sera toujours aussi pauvre en matière de création d'emplois. Comment réagiront les personnes pauvres? Jusqu'où l'État peut-il espérer mener cette réforme au nom des valeurs individuelles et de l'éthique du travail? Il faudra réaménager la paix sociale... Ce n'est pas parce que, juridiquement, on renonce à la reconnaissance des besoins à titre de standard d'assistance dans une société que ces besoins existent moins.

Enfin, il existera forcément un rapport entre la durée de l'emploi (subventionné ou non), la réforme de l'assurance-chômage et la possibilité de récidive en vertu du barème de disponibilité. Nous avons vu qu'on ne peut abandonner un emploi sans être pénalisé. La façon de mettre fin à une pénalité est de reprendre le même emploi ou d'accepter un autre emploi qui possède des caractéristiques au moins semblables. En vertu du projet de loi sur l'assurance-chômage (C-21)⁴², l'abandon d'emploi sera sévèrement pénalisé et de toute façon la durée d'une période de prestations sera réduite. Dans ce contexte, deux scénarios sont prévisibles: la pauvreté ou la contrainte forceront le bénéficiaire à accepter rapidement tout emploi, isolant une fois de plus la pauvreté d'un ménage et mettant l'État à l'abri d'une mobilisation. Ou encore, le ministre estimera le bénéficiaire potentiel employable et lui refusera un plan d'action tout en le soumettant à une recherche active d'emploi, de laquelle résultera l'acceptation de tout emploi comparable. On aurait alors atteint le seuil de compétitivité des emplois moins intéressants. Il s'agit, de toute façon, plus que de la mise en oeuvre de l'obligation de travailler, de la contrainte au maintien de l'emploi.

Il en va de même de l'application des sanctions. L'État fait le pari que leur imposition contraint à l'emploi. En même temps, il affirme qu'il

42. *Supra*, note 40.

doit présumer que les Québécois peuvent créer leur propre emploi. Qu'en sera-t-il ?

5. Quelques questionnements juridiques

a) Le droit à la sécurité de sa personne et l'aide sociale

De plus en plus, l'on se pose la question suivante: le droit à la sécurité de sa personne, tel qu'énoncé à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'est-il pas compromis par les aménagements à la baisse du système de sécurité sociale canadien? Une lecture optimale des décisions de la Cour suprême du Canada sur l'article 7 permet de croire qu'il ne suffit pas de dire que la Charte ne vise pas les droits économiques pour régler la question.

Tentons brièvement d'identifier les éléments de la jurisprudence pouvant éclairer une réflexion en ce sens. D'abord, la Cour suprême, devant la nouveauté que constitue le droit à la sécurité de sa personne, n'a pas hésité à nous rappeler que de tels concepts peuvent avoir plusieurs sens qui ne se manifesteront qu'avec le temps. Dans l'arrêt *Singh*⁴³, Mme la juge Wilson, après avoir convenu que la procédure liée à la reconnaissance du statut de réfugié mettait en danger l'intégrité et la sécurité physique de l'appelant, traitait plus spécifiquement du concept de la sécurité de sa personne et donnait des exemples de ce qu'il peut signifier. Pour ce faire, elle se référait aux travaux de la Commission de réforme du droit⁴⁴, laquelle concluait que le droit à la sécurité de sa personne inclut le droit aux choses nécessaires de la vie. De l'avis de la Commission et de la juge Wilson, ces choses nécessaires de la vie pourraient être celles énumérées à l'article 25 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et incluraient : un niveau de vie suffisant pour assurer la santé, notamment en ce qui regarde

43. *Singh c. Ministère de l'Emploi et de l'immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.

44. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Le traitement médical et le droit criminel*, document de travail 26, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1980, pp. 6 et 7.

l'alimentation, le logement, les soins médicaux et les services de santé⁴⁵. La privation de moyens de subsistance pour des raisons indépendantes de sa volonté devrait entraîner la mise en oeuvre de mesures de sécurité.

Subséquemment, dans l'arrêt *Jones*⁴⁶, Mme la juge Wilson ajoutait que les termes liberté, vie et sécurité ne sauraient être limités à l'état physique⁴⁷. Enfin, dans l'arrêt *Morgentaler*⁴⁸, elle précisait que le droit de chacun à la sécurité de sa personne comporte un élément psychologique⁴⁹. À titre d'exemple, elle se réfère aux propos de M. le juge Lamer dans l'arrêt *Mills*⁵⁰ à l'effet que des réalités comme la stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à la vie privée, la tension, l'anxiété, les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle ainsi que l'incertitude face à l'issue d'un procès soient des éléments qui constituent un traumatisme psychologique contraire au droit à la sécurité⁵¹.

Enfin, la Cour suprême, dans l'arrêt *Irwin Toys*⁵², a jugé que l'inclusion du droit à la sécurité de sa personne dans l'article 7 de la Charte avait un double effet: d'une part, le choix de garantir la sécurité de la personne plutôt que celui de ne priver personne de l'exercice du droit de propriété signifie que les droits économiques ne sont généralement pas garantis par la Charte. Du moins, en est-il ainsi de ceux des sociétés. D'autre part, la Cour prend soin de préciser que les droits fondamentaux nécessaires à la survie et souvent reconnus par les Conventions internationales, tel le droit à la sécurité sociale, l'habillement ou le logement ne sont pas exclus pour autant. Il s'agirait ici d'éléments économiques du droit à la sécurité de sa personne et non de droits économiques⁵³.

Si les législations de sécurité sociale et plus particulièrement d'aide sociale sont des instruments hautement économiques, il demeure que du point de vue des bénéficiaires, ces législations garantissent beaucoup plus la survie physique et psychologique qu'elles ne sont

45. *Singh c. Ministère de l'Emploi et de l'immigration*, précité note 43, 207.

46. *Jones c. La Reine*, [1986] 2 R.C.S. 284.

47. *Id.*, 317.

48. *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

49. *Id.*, 173 et 174.

50. *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863.

51. *Id.*, 919 et 920. M. le juge Lamer parle alors de l'objet fondamental de l'article 11(b) de la Charte canadienne des droits et libertés.

52. *Le procureur général du Québec c. Irwin Toy Limited*, [1989] 1 R.C.S. 927.

53. *Id.*, 1003 et 1004.

rattachées au droit de jouir comme bon nous semble d'un capital. Le droit à l'aide sociale comporte certes des éléments économiques, ne serait-ce que le droit à la prestation mensuelle en argent. Cependant, cette prestation serait l'élément économique d'un droit plus général à la sécurité de sa personne. L'arrêt *Irwin Toys*⁵⁴ n'interdit pas cette affirmation.

Il faut aussi examiner les limites de ce droit. Il s'agit en l'espèce des limites posées par les termes mêmes de l'article 7 de la Charte et par la jurisprudence.

D'abord l'article 7 de la Charte canadienne précise qu'une atteinte au droit à la vie, à la sécurité ou à la liberté ne sera inconstitutionnelle que dans la mesure où elle sera contraire aux principes de justice fondamentale. La Cour suprême a eu l'occasion de préciser qu'il ne s'agit pas ici de justice procédurale mais bien de l'exigence du respect des règles de justice fondamentale qui s'adressent à la substance même des lois⁵⁵. À titre d'exemple, une certaine doctrine énonce que le respect des règles substantives de justice fondamentale empêche certainement l'usage de discrétion totale dans l'administration d'une loi, impose la raisonnable d'une mesure législative et milite contre l'arbitraire⁵⁶. En matière de sécurité sociale, certains auteurs proposent une démarche vérificative particulière. Ainsi, ce sont l'objet et les moyens de chaque loi qu'il faut examiner. Plus particulièrement, en matière de sécurité du revenu, il faudrait vérifier l'effet de l'absence de choix de comportement des bénéficiaires envers le marché du travail, celui de la nature des programmes offerts ainsi que leur objectif réel, les conséquences psychologiques et physiques sur les bénéficiaires du montant de l'allocation et la gestion des pénalités⁵⁷. La justice fondamentale ne serait pas adéquatement servie si un programme qui se veut un incitatif à l'*employabilité* n'est en réalité qu'une façon déguisée de contraindre les bénéficiaires à n'importe quel travail et ultimement, un outil de contrôle social.

54. Précité, note 52.

55. Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 288, modifiée par la *Motor Vehicle Amendment Act* 1982, 1982 (C.-B.) chap. 36, [1985] 2 R.C.S. 486,505.

56. Ian JOHNSTONE, «Section 7 of the Charter and Constitutionally Protected Welfare», (1988) 46 *U. of T. Fac. of Law Rev.* 1,44 et Luc TREMBLAY, «Section 7 of the Charter: Substantive Due Process?», (1984) 18 *U. of B.C. Law Rev.* 201,248-9.

57. I. JOHNSTONE, *loc. cit.*, note 56, 47.

Mais y aurait-il plus en matière de sécurité sociale? Selon Martha Jackman, la seule lecture efficace de l'article 7 de la Charte en matière de protection sociale minimale commande que le droit à la vie, à la sécurité de sa personne et à la liberté comporte une dimension positive et négative⁵⁸. La dimension négative consiste à garantir aux citoyens le droit de ne pas être privés d'une mesure de protection sociale sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale. Cependant, la justice fondamentale revêt ici une dimension à ce point substantive que le manque allégué de ressources financières de la part de l'État ou la décision de porter atteinte de façon directe ou indirecte à un programme existant ne respecterait pas les exigences de justice fondamentale en la matière. L'auteure ajoute que selon elle, les garanties substantives et procédurales ne sont que question de degré en matière de sécurité sociale et doivent respecter l'objectif général de garantir une protection sociale minimale. Il devient donc inconcevable que quelque atteinte respecte les règles de justice fondamentale si elle met en danger la sécurité de la personne. L'État aurait donc non seulement le devoir d'agir équitablement mais aussi celui d'agir positivement.

Mais, et c'est là le deuxième obstacle, lorsqu'il s'agit de revendiquer des mesures adéquates de sécurité sociale dans le but de garantir la sécurité de sa personne, doit-il préliminairement y avoir eu intervention de l'État? L'État doit-il avoir choisi de légiférer, d'agir positivement ? C'est ce que la Cour suprême affirme dans l'arrêt *Morgentaler*⁵⁹.

À tout le moins on peut espérer du droit à la sécurité de sa personne qu'il impose aux tribunaux l'examen du respect des règles substantives de justice fondamentale quant à l'objet réel de la *Loi sur la sécurité du revenu* et quant à ses effets. Il saute aux yeux que tant de coupures ne pourront avoir pour effet qu'une diminution notable des ressources disponibles pour les bénéficiaires aux fins de combler les besoins de base.

En ce qui concerne le caractère raisonnable de ce programme dans une société juste et démocratique, il y a fort à parier que le temps nous révélera une totale disproportion entre les fins recherchées (favoriser l'*employabilité*) et les moyens mis en oeuvre, lesquels de toute évidence

58. Martha JACKMAN, «The Protection of Welfare Rights Under the Charter», (1988) 20 *Ottawa L.R.* 257, 321.

59. *R. c. Morgentaler*, précité, note 48, 89 et 90.

ne répondent qu'à des objectifs de compression budgétaire et de contrôle social.

b) La conformité de la Loi sur la sécurité du revenu aux règles de financement de la sécurité sociale au Canada

Dans le mystérieux royaume des programmes à frais partagés entre le fédéral et les provinces, un «empêcheur de danser en rond» est venu remettre en question le respect des besoins de base reconnus par les provinces dans l'attribution des prestations d'aide sociale. Bien que l'affaire se déroule au Manitoba, nul ne doute de sa pertinence dans chacune des provinces canadiennes. Il s'agit de la décision *Finlay*⁶⁰.

M. Finlay était bénéficiaire de l'aide sociale depuis de nombreuses années. Il était inapte au travail. Suite à des changements de situation (partage du logement, revenus d'emploi et frais de déménagement), l'administration de l'aide sociale a constaté des versements excédentaires de l'ordre d'environ 1,000\$, à diverses époques, à l'endroit de M. Finlay. M. Finlay contesta assidûment, mais sans succès, l'établissement de ces trop-payés. Conséquemment, la prestation d'aide sociale de M. Finlay fut réduite d'environ 5% pour une période de 46 mois et ce, jusqu'à concurrence du complet remboursement des montants versés en trop. M. Finlay prétendait que cette procédure était contraire à l'entente intervenue entre le gouvernement fédéral et la province du Manitoba en vertu des termes de la *Loi sur le régime d'assistance publique du Canada*⁶¹. Il demandait à la Cour de déclarer illégaux les paiements faits par le fédéral à la province du Manitoba et de les suspendre jusqu'à ce que la province se soit conformée à ses engagements contractuels.

60. *Finlay c. Canada (Minister of Finance)*, Cour fédérale, division de première instance, 24 janvier 1989, M. le juge Teitelbaum; confirmé par la Cour d'appel fédérale le 5 juillet 1990. *Le Ministre des finances du Canada, le Ministre de la santé nationale et du bien-être social du Canada et le Procureur général du Canada et Robert James Finlay*, [1990] 2 C.F. 790 (C.F.A.).

61. *Loi sur le régime d'assistance publique du Canada*, L.R.C. 1985, c. C-1.

Il est bien connu que les frais de l'aide sociale au Canada sont assumés à peu près à parts égales par le fédéral et chacune des provinces. Les provinces sont seules juges des taux d'aide qu'elles entendent accorder à leurs résidents. Cependant, afin de bénéficier de la part de financement fédéral, chaque programme doit satisfaire à certaines conditions. Entre autres conditions, chaque province doit garantir à tous ses citoyens dans le besoin, au sens de la législation provinciale sur l'aide sociale concernée, le droit à l'aide sociale (c'est ce qu'il est convenu d'appeler le «test des besoins»). L'article 2 de la *Loi sur le régime d'assistance publique du Canada*⁶² définit les besoins de base que l'administration provinciale doit respecter dans la détermination des barèmes d'aide sociale. Il s'agit essentiellement de la nourriture, des vêtements, du logement, du chauffage et des coûts d'accès aux autres services publics. La seule exigence du gouvernement fédéral est à l'effet que la définition des besoins de base d'une législation provinciale soit sensiblement comparable à la liste des besoins énumérés à l'article 2 de la *Loi sur le régime d'assistance publique du Canada*⁶³. Par ailleurs, certains autres besoins spécifiques peuvent faire l'objet d'un financement partagé. Mais il s'agit alors d'argent payés à des tiers pour des services rendus aux bénéficiaires. Somme toute, en argent direct, le bénéficiaire ne reçoit que le montant que la province estime être celui qui correspond aux besoins de base décrits à l'article 2 de la *Loi sur le régime d'assistance publique du Canada*⁶⁴.

En 1967, le Manitoba et le fédéral ont conclu, comme toutes les autres provinces canadiennes, une entente de financement. Rien dans cette entente ne réglait le sort des trop-payés. Seul un document de travail faisait état des considérations que le fédéral espérait voir examinées lorsqu'il s'agissait de récupérer un trop-payé de la part d'un bénéficiaire. Entre autres éléments, le gouvernement fédéral suggérait que l'on tienne compte du coût des procédures de recouvrement afin qu'il n'excède pas le montant du trop-payé et que le recouvrement même des prestations ne s'effectue que si le bénéficiaire disposait par ailleurs d'autres biens ou ressources.

L'article 20(3) de la *Loi sur l'aide sociale* du Manitoba⁶⁵ stipulait, lors de l'introduction de l'instance en 1982, qu'une somme à être prélevée

62. Précitée, note 61.

63. Précitée, note 61.

64. Précitée, note 61.

65. L.R.M. 1981, chap. S-160.

aux fins du remboursement d'un trop-payé pouvait être autorisée par le directeur de l'aide sociale dans la mesure où ce prélèvement ne causait pas de préjudice indu au bénéficiaire.

Le procureur général du Canada a tenté de convaincre la Cour que les sommes ainsi retenues ne privaient pas un bénéficiaire d'une partie du montant réservé aux besoins de base au sens de l'article 2 de la *Loi sur le régime d'assistance publique du Canada*⁶⁶. Selon lui, la Loi manitobaine assurait aux bénéficiaires des services et allocations qui excédaient les besoins de base vu l'annexe A de la *Loi sur l'aide sociale*⁶⁷ qui énumère les besoins spécifiques ou spéciaux auxquels pouvait avoir droit un bénéficiaire. La Cour fédérale de première instance note cependant que ces montants sont payés à des tiers et que tout autre prélèvement prive forcément le bénéficiaire d'une partie des besoins de base que la province s'était engagée contractuellement à assurer. Comme le souligne M. le juge Teitelbaum, à ce stade de dénuement, il apparaît illusoire et vain de tenter de distinguer le préjudice acceptable du préjudice indu puisque l'allocation versée correspond strictement aux besoins de base estimés par chaque province. De plus, le tribunal souligne que la province du Manitoba n'avait procédé à aucune étude visant à vérifier l'effet des coupures à titre de remboursement des trop-payés sur les bénéficiaires.

La Cour conclut donc que tout prélèvement fondé sur un versement excédentaire constitue un bris des conditions du contrat de financement partagé avec le gouvernement fédéral puisque la province doit s'engager à respecter les besoins de base dont elle fixe elle-même le montant. La Cour ordonna aux ministres des finances et de la santé et du bien-être social de cesser les paiements à la province du Manitoba tant que celle-ci ne se conformerait pas aux exigences de l'entente. Sous réserve de la nature de l'ordonnance qui était devenue purement déclaratoire, la Cour d'appel fédérale confirma la décision de M. le juge Teitelbaum. M. le juge MacGuigan rendit le jugement unanime de la Cour.

La Cour d'appel fédérale souligne que la controverse découle essentiellement des alinéas 6(2)(a) et 6(2)(b) de la *Loi sur le régime d'assistance publique du Canada*⁶⁸. L'article 6(2) énumère les sept engagements que doivent prendre les provinces dans leur accord avec le

66. Précitée, note 61.

67. Précitée, note 65.

68. Précitée, note 61.

gouvernement fédéral. L'article 6(2)(a) prévoit que la province doit fournir de l'aide à une personne nécessiteuse d'une manière compatible avec ses besoins fondamentaux. L'article 6(2)(b) prévoit qu'on devra tenir compte, dans la détermination de l'aide payable, des revenus et des biens des prestataires. Une interprétation de l'article 6(2)(a) amène M. le juge MacGuigan à conclure que le montant d'aide versé devra être suffisant pour permettre de combler les besoins fondamentaux et qu'il ne s'agit pas simplement pour une province contractante de s'inspirer des besoins énumérés à l'article 6 de la Loi pour ensuite déterminer ceux qu'elle entend combler. Bien entendu, la province restera par ailleurs maître de la quantification de ces besoins mais ils devront tous être comblés⁶⁹.

M. le juge MacGuigan souligne qu'une seule exigence est imposée aux provinces afin de pouvoir bénéficier de l'apport du gouvernement fédéral au financement de l'aide sociale: la province ne pourra pas réduire le niveau d'aide accordée en-deça du niveau d'aide qu'elle aura déterminé comme étant celui qui correspond au respect des besoins de base des bénéficiaires. Conséquemment, la norme énoncée à l'article 20(3) de la *Loi sur l'aide sociale* du Manitoba⁷⁰ à l'effet qu'un versement excédentaire peut être prélevé aux fins du remboursement à même la prestation d'aide sociale dans la mesure où ce prélèvement ne cause pas un préjudice indu, est une norme inacceptable⁷¹.

Il n'est pas sans intérêt de prendre note des arguments que certaines autres provinces ont soumis à la Cour dans le cadre de ce litige. Ainsi, les provinces du Québec, de l'Ontario et de la Saskatchewan prétendaient qu'il serait illogique d'interdire à une province de recouvrer des paiements excédentaires puisqu'on pourrait arriver aux mêmes fins simplement en diminuant de moitié, ou dans une autre proportion, l'évaluation des besoins fondamentaux faite par cette province⁷². Certes, répond le juge MacGuigan, mais alors tous les bénéficiaires seraient victimes de cette baisse puisqu'elle devrait être imposée globalement. Et on peut difficilement concevoir qu'une province abaisserait son taux général pour pénaliser un bénéficiaire en particulier ou plusieurs bénéficiaires ou pour atteindre un objectif qui ne serait pas général ou de

69. *Le Ministre des finances du Canada, le Ministre de la santé nationale et du bien-être social du Canada et le Procureur général du Canada et Robert James Finlay*, précité, note 60, 21.

70. Précitée, note 65.

71. Précitée, note 60, 23.

72. Précitée, note 60, 27.

bonne foi⁷³. Selon le juge MacGuigan, il ne faut cependant pas être assez naïf pour croire qu'il est nécessairement dans l'intérêt public de soutirer de l'argent à ceux qui vivent à la limite ou en deçà du seuil de pauvreté pour assainir la société, même si les sommes retenues sont peu élevées et réparties sur plusieurs mois. De tels efforts de dissuasion pourraient bien faire autant de tort à la société que la situation qu'elle veut corriger⁷⁴. Cette discussion, nous semble-t-il, illustre bien deux réalités liées l'une à l'autre: la fragilité du concept de besoins fondamentaux dont la quantification relève de la compétence exclusive des provinces et l'importance de la paix sociale comme variable considérée dans les choix économiques des législateurs. Au-delà de la stricte question des trop-payés, se pose celle de savoir jusqu'à quel point le législateur fait preuve de sagesse lorsqu'il diminue de quelque façon la prestation de survie de ses citoyens?

Il convient de porter attention aux limites qu'impose ce jugement aux provinces quant à leur faculté de réduire l'allocation des besoins de base sans tenir compte des termes de la *Loi sur le régime d'assistance publique du Canada*⁷⁵. Dès qu'une province fixe le montant des besoins de base qu'elle entend respecter, elle ne pourra le réduire à moins d'entente contractuelle avec le gouvernement fédéral.

Il faudra donc faire preuve de beaucoup de vigilance à l'endroit des multiples atteintes aux besoins de base que constituent les pénalités et les présomptions⁷⁶ imposées aux bénéficiaires de l'aide sociale au

73. *Id.*

74. Précitée, note 60, 28.

75. Précitée, note 61.

76. Bien qu'il ne s'agisse pas ici de notre propos, soulignons quelques unes des nouvelles «présomptions économiques» qui affecteront à la baisse le montant des prestations d'aide sociale. Par exemple, l'article 13(2)(g) de la *Loi sur la sécurité du revenu* prévoit que la prestation mensuelle des aptes à l'emploi sera diminuée du montant présumé d'une contribution parentale dans le cas des adultes dont la situation ne correspondra pas à l'une des exceptions prévues à l'article 14 de la Loi (à titre d'exemple, ne sera pas considéré recevoir une contribution parentale le jeune adulte qui aura occupé pendant au moins deux ans un emploi rémunéré à plein temps, art. 14(2)). Pour ces mêmes bénéficiaires, une présomption de partage d'unité de logement aura le même effet (art. 13(2)(f) de la Loi et article 80 du *Règlement sur la sécurité du revenu*). Il est à noter que ces dispositions n'ont pas d'équivalent pour les inaptes au travail, ce qui sans doute, soulèvera de nouveaux questionnements quant au droit à l'application égale de la loi... En effet, comment justifier que seuls les aptes au travail fassent l'objet de telles présomptions économiques? Si ces revenus présumés n'ont pas à être comptabilisés pour les inaptes, comment croire que la présomption répond à une quelconque logique économique pour les aptes? Cette présomption affectera particulièrement la prestation payable aux femmes et aux jeunes lesquels constituent une large proportion des

Québec en vertu de la nouvelle *Loi sur la sécurité du revenu*. Si, comme nous l'avons démontré, certaines pénalités ne pourront être contournées qu'en acceptant n'importe quel emploi, non seulement le droit à la sécurité des bénéficiaires sera-t-il enfreint, mais en sus, les règles mêmes du financement de l'aide sociale pourraient se voir bafouées. Les efforts infructueux d'un bénéficiaire dans la quête d'un emploi ou encore l'abandon d'un emploi qui ne convient pas priveront le bénéficiaire de prestations d'aide sociale, et ce, d'une manière qui pourrait être incompatible avec les engagements contractuels du Québec eu égard du financement partagé de l'aide sociale. En effet, l'article 2 de la *Loi sur le régime d'assistance publique du Canada*⁷⁷ empêche que l'accès à l'aide soit fonction d'un certain comportement, lequel serait, en l'espèce, l'acceptation de n'importe quel emploi. Ce serait ajouter aux termes de la Loi en ce que certaines situations pourraient permettre aux provinces de ne pas reconnaître les besoins fondamentaux énumérés à l'article 2 de la *Loi sur le régime d'assistance publique du Canada*⁷⁸. De plus, le Québec est loin d'avoir fait la preuve que ces emplois existent ou encore que le régime des pénalités énoncé aux articles 28 et 29 de la *Loi sur la sécurité du revenu* se justifie compte tenu des mesures d'*employabilité* réellement accessibles dans le cadre de la réforme. À vrai dire, le gouvernement québécois a aussi le fardeau de démontrer que les pénalités pour abandon d'emploi ne constituent pas un préjudice indu pour les bénéficiaires. Car au Québec, les sommes dont seront privés les bénéficiaires sont bien supérieures à celles dont fut privé M. Finlay. Au seul chapitre des pénalités, elles peuvent atteindre \$200 par mois. Ce que le gouvernement québécois tente de faire, c'est d'atteindre indirectement, en matière d'aide

bénéficiaires aptes au travail. Pourquoi pénaliser les formes d'entraides particulières chez les bénéficiaires aptes? De plus, cette population est aussi touchée par les nouvelles règles de calcul du revenu en ce qui regarde le loyer des H.L.M. et des coopératives d'habitation (voir le bail-type conjoint de la Société canadienne d'hypothèque et de logement et de la Société d'habitation du Québec imposé aux membres des coopératives d'habitation et d'organismes sans but lucratif destinés à l'habitation, Société d'habitation du Québec, document S.H.Q. 1006-1 (90-02) et S.H.Q. 1006-2 (90-02)). Les nouvelles règles de calcul imposent un loyer mensuel de base en-deçà duquel nul ne peut aller même si l'habituelle imposition d'un loyer atteint-on indirectement en prétendant rétablir l'équité au bénéfice des travailleurs aux prises avec les règles du marché privé en matière de location? Par ailleurs, comment le principe d'équité au profit des jeunes qui dépendent effectivement de leurs parents et qui ne font pas appel à l'aide sociale peut-il justifier le fait de priver des besoins de base les jeunes dont ce n'est pas le cas? On voit bien que ces mesures relèvent essentiellement d'un seul objectif: désinciter les jeunes et les femmes à recourir à l'aide sociale en utilisant tous les moyens par ailleurs disponibles, peu importe que ces moyens soient acceptables ou non.

77. Précitée, note 61.

78. Précitée, note 61.

sociale, un seuil de désengagement que ne lui permettent pas les ententes prises aux termes de la *Loi sur le régime d'assistance publique du Canada*⁷⁹. Nous ne croyons pas que le concept d'*employabilité* puisse impunément servir de véhicule à ces manoeuvres, ni au Québec, ni ailleurs au Canada.

6. Le droit aux mesures d'assistance financière garantissant un niveau de vie décent: une proposition mathématique

En cette ère hautement technocratique, le juriste ne peut qu'être tenté d'utiliser le même langage que le législateur pour décrire de façon tangible le droit aux mesures d'assistance financière énoncé à l'article 45 de la Charte québécoise⁸⁰. Par ironie sans doute, nous avons succombé à cette forme de positivisme. Ce droit pourrait donc être décrit comme comportant un noyau dur et des avantages conditionnels.

Le noyau dur est constitué d'un seul droit, soit celui d'avoir accès à l'équivalent du revenu mensuel moyen du décile inférieur des ménages pauvres. Cependant, ce même noyau est réduit d'un montant correspondant à deux réalités économiques. D'abord d'un premier montant équivalent à l'incitatif pour les familles pauvres à conserver un emploi au salaire minimum. Ensuite, d'un autre montant qui pourrait être qualifié de «pénalité pour manque d'initiative personnelle» (lire ici échec d'une tentative de recherche dynamique d'emploi). L'économie et l'éthique du travail ne se rejoindraient-elles pas ici encore?

Quant aux avantages conditionnels, ils peuvent être décrits comme suit: dans la mesure du possible, la mensualité de sécurité du revenu peut être «enrichie» d'une somme moyenne de \$40 par semaine, laquelle ferait correspondre la disponibilité maximale de revenus mensuels au seuil de pauvreté le plus conservateur.

Cette proposition ne suffit-elle pas à nous convaincre que l'État devra sous peu se demander comment il respecte le droit à des mesures d'assistance financière lorsque l'on sait que les mesures prévues par la Loi répondent à d'autres objectifs?

79. Précitée, note 61.

80. Précitée, note 14.

CONCLUSION

Nous croyons avoir démontré comment, par ses fonctions coercitives et disciplinaires, la nouvelle *Loi sur la sécurité du revenu* est avant tout un nouvel outil de contrôle social. Par ailleurs, le caractère transitoire de certains barèmes réservés aux personnes aptes au travail, à savoir les barèmes de disponibilité et de non disponibilité, nous porte à conclure que très peu de personnes physiquement aptes à l'emploi pourront désormais «séjourner» plus de deux années au sein du nouveau régime, et ce, malgré une conjoncture économique qui ne se prête guère qu'aux emplois précaires. Enfin, il faut aussi tenir compte des changements importants apportés à la *Loi sur l'assurance chômage*⁸¹ pour mieux évaluer la capacité des bénéficiaires de l'aide sociale de s'en sortir.... définitivement. À ce chapitre, l'avenue est plutôt sombre.

Juridiquement, l'examen des objectifs réels de la nouvelle *Loi sur la sécurité du revenu* nous amène forcément à invoquer le droit de chacun à la sécurité de sa personne et le droit d'une collectivité à des conditions de vie décentes. C'est, selon nous, en ces termes que les effets de la nouvelle loi doivent être examinés. Comment une telle législation peut-elle prétendre respecter les règles substantives de justice fondamentale nécessaires à la sécurité de chacun? Avec la venue de ces nouvelles législations de *workfare*, c'est la technocratie des lois qu'il faut examiner dans ses effets et non plus simplement l'existence de possibilités d'en appeler devant un tribunal de quelque décision administrative.

L'examen des mesures financières qui doivent garantir un niveau de vie décent, a, quant à lui, trop souvent été l'objet d'un certain fatalisme qui consiste à bâcler la discussion en constatant l'existence des mesures prévues par la loi. N'y aurait-il pas lieu d'entreprendre l'étude des éléments essentiels que devraient comporter de telles mesures législatives? Leur objet ne doit-il pas être de *garantir* une aide économique? Est-ce le cas de la nouvelle *Loi sur la sécurité du revenu*? Nous croyons que non et, à cet égard, les mathématiques de la sécurité sociale, lesquelles sont particulièrement sophistiquées en cette ère néo-libérale, ne sauraient légitimer la renonciation à un objectif juridique

81. Précitée, note 40.

universellement invoqué: le respect de la dignité humaine, entre autres, par de réelles mesures d'assistance financière⁸².

82. L'auteure tient à remercier son collègue, Jean-Pierre Villagi, pour la disponibilité dont il a fait preuve, rendant ainsi possible la correction et l'édition de ce texte.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : PRINCIPES DE DROIT INTERNATIONAL APPLICABLES AU
PHÉNOMÈNE DES PLUIES ACIDES

Auteur(s) : Pierre F. MERCURE

Revue : RDUS, 1990-1991, volume 21, numéro 2

Pages : 373-418

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13445>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13445>

Page vide laissée intentionnellement.

PRINCIPES DE DROIT INTERNATIONAL APPLICABLES AU PHÉNOMÈNE DES PLUIES ACIDES

par Pierre F. MERCURE*

L'auteur examine les règles de droit international applicables au phénomène des précipitations acides. Il expose et analyse les principales obligations des États dans le domaine de la pollution transfrontière: le devoir général de vigilance, le principe de bon voisinage, la notion d'abus de droit, le principe d'utilisation équitable des ressources naturelles communes aux États et l'obligation de prévention des dommages attribuables à la pollution.

The author examines the rules of international law applicable to the phenomenon of acid rain. He states and analyses the principal State obligations concerning transboundary pollution: due diligence duty, the good neighbour principle, the concept of right abuse, the principle of equitable use of shared natural resources and the obligation to prevent damages resulting from pollution.

*, Pierre-François Mercure, avocat et directeur des affaires réglementaires chez Services environnementaux Laidlaw (Québec) Ltée (anciennement Tricil (Québec) Inc.). Ce texte constitue une partie d'un mémoire présenté en 1989 à la Faculté des sciences de l'Université de Sherbrooke, dans le cadre du programme de maîtrise en environnement. L'auteur remercie Me Jean Piette, directeur des relations intergouvernementales au ministère de l'Environnement du Québec, pour la patiente lecture qu'il a faite de ce mémoire et les précieux commentaires qu'il y a apportés.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	375
I - L'OBLIGATION GÉNÉRALE DE NE PAS POLLUER	376
II - LE DEVOIR GÉNÉRAL DE VIGILANCE	378
III - LE PRINCIPE DE BON VOISINAGE	386
IV - L'ABUS DE DROIT	399
V - LE PRINCIPE D'UTILISATION ÉQUITABLE DES RESSOURCES NATURELLES COMMUNES AUX ÉTATS	402
VI - L'OBLIGATION DE PRÉVENTION DES DOMMAGES ATTRIBUABLES À LA POLLUTION	407
A - Le devoir général de coopérer	411
B - Le devoir d'information	416
C - Les devoirs de consultation et de négociation	421
CONCLUSION	427

INTRODUCTION

Nous nous rendons compte que la pollution revêt des formes dont les effets affectent les écosystèmes de continents entiers, voire de toute la biosphère; l'effet de serre, la destruction de la couche d'ozone et le phénomène des précipitations acides en constituent les exemples les plus connus.

Ces problèmes qui affectent la qualité de notre environnement menacent aussi la santé de l'homme. Les précipitations acides ont, parmi tous ces phénomènes, le plus d'effets visibles et quantifiables à ce jour dans notre pays, principalement dans les provinces situées le plus à l'est, en raison des vents dominant d'ouest en est.

Les précipitations acides résultent principalement de l'émission de dioxydes de soufre et d'oxydes d'azote, qui sont transformés respectivement en acide sulfurique (H_2SO_4) et en acide nitrique (HNO_3) au cours de leur transport dans l'atmosphère.

Les oxydes d'azote proviennent surtout du secteur des transports, de l'opération de centrales électriques et de chaudières industrielles, tandis que les oxydes de soufre, pour leur part, proviennent en grande partie des centrales électriques alimentées au charbon ou au pétrole et dans une moindre mesure, des fonderies de métaux non ferreux.

L'existence d'une frontière internationale traversée par les composés précurseurs de pluies acides qui proviennent du territoire d'un État étranger, crée un contexte juridique qui fait appel à des règles de droit international afin de résoudre des différends qui pourraient naître entre États.

L'éveil relativement récent des États aux problèmes de pollution transfrontière et au premier plan à celui des précipitations acides, a amené l'émergence de principes leur permettant d'orienter leurs comportements.

L'emploi du verbe «orienter» est judicieux. En effet, ces principes peuvent difficilement sanctionner les comportements des États, en raison de leur caractère général et imprécis. Ces principes issus en grande partie du droit fluvial, s'appliquent néanmoins aisément au domaine de la pollution atmosphérique puisqu'ils trouvent leur source dans le domaine de la pollution transfrontière des eaux, auquel la pollution de l'air s'assimile en raison de son caractère transnational.

Les principes généraux de droit international auxquels nous faisons référence sont le devoir général de vigilance, le principe de bon voisinage,

la prohibition d'abus de droit, l'utilisation équitable des ressources naturelles communes aux États, l'obligation de prévention des dommages dus à la pollution et le devoir général de coopération. Ils sont fermement établis et reconnus au niveau international, mais leur application est difficile en raison du fait qu'ils proviennent du droit coutumier et de principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées et de ce fait, ne fixent pas clairement les seuils de pollution à ne pas dépasser par un État pollueur.

Le respect des principes mentionnés ci-dessus se fait actuellement par l'établissement de la responsabilité internationale d'un État pour des dommages causés par celui-ci. Cette démarche n'est pas facile à accomplir puisque les États sont réticents à entreprendre des procédures internationales contre un voisin pollueur, d'une part pour ne pas nuire aux relations établies avec ce dernier et d'autre part du fait qu'ils se sentent mal à l'aise de demander la sanction d'un droit qui demeure plus ou moins bien défini.

I - L'OBLIGATION GÉNÉRALE DE NE PAS POLLUER

Bien que les règles juridiques s'associant au domaine de la pollution transfrontière et plus précisément à celui des pluies acides soient encore mal définies, l'évolution rapide du droit international de l'environnement nous permet d'anticiper l'émergence de nouvelles obligations des États dans ces secteurs. Certains principes énoncés dans la *Déclaration de Stockholm sur l'environnement* constituent d'ailleurs des indices des tendances que prendront vraisemblablement les règles juridiques concernant les obligations des États en matière de pollution transfrontière. L'article 6 par exemple prévoit le devoir des États d'interrompre:

«Les rejets de matières toxiques ou d'autres matières et les dégagements de chaleur en des quantités ou sous des concentrations telles que l'environnement ne puisse plus en neutraliser les effets»¹.

Force nous est cependant de constater que ce dernier principe est conçu en des termes très vagues et qu'il n'a aucune valeur obligatoire étant inséré dans un texte de «soft law».

Bien qu'il n'existe aucune obligation pour les États d'empêcher toutes formes de pollution, ils n'ont toutefois pas le loisir d'exercer sur leur territoire certaines activités au détriment des autres États. Nous avons consacré les sections II à VI à l'étude des principes limitant les

1. Doc. N.U. A/Conf. 48/14 Rev. 1, p. 4.

prérogatives des États d'exercer des activités telles, qu'il en résulte des dommages aux États voisins².

II - LE DEVOIR GÉNÉRAL DE VIGILANCE³

Le concept de diligence due fut défini pour la première fois en 1872 dans l'affaire de *l'Alabama*⁴ qui opposait les États-Unis et la Grande-Bretagne sur la question des dommages causés aux Américains en raison des activités belligérantes de certains navires sudistes soutenus par la Grande-Bretagne. L'Angleterre s'était engagée à demeurer neutre dans le conflit où s'affrontaient les États Confédérés du Sud et les États Fédérés du Nord, lors de la guerre civile américaine. Or, pour des raisons essentiellement commerciales, les autorités britanniques soutinrent le clan sudiste avec toute la discrétion et toute l'efficacité que l'on connaît aux sujets de Sa Majesté⁵.

Afin de régler le différend, les parties signèrent le 8 mai 1871 à Washington, un traité qui instituait un tribunal d'arbitrage composé de cinq membres⁶.

Les arbitres devaient préciser la notion de diligence due et évaluer le comportement de la Grande-Bretagne, en tant qu'État neutre, face aux belligérants. Ils soutinrent qu'un pays neutre dans un conflit devait agir

-
2. I. H. VAN LIER, *Acid Rain and International Law*, Toronto, Bunsel Environmental Consultants Publishing Division, Sijthoff and Noordhoff, the Netherlands, 1981, pp. 100-101. A. C. KISS, *Survey of Current Developments in International Environmental Law*, I.U.N.C. Environmental Policy and Law Paper no 10, Morges, Switzerland, 1976, p. 41.
 3. NGUYEN QUOC DINH, P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, 3e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1987, p. 679. Cette expression sert à désigner ce que d'autres auteurs appellent la «diligence due», par exemple: P. DUPUY, «La diligence due dans le droit international de la responsabilité» dans O.C.D.E., *Aspects juridiques de la pollution transfrontière*, Paris, O.C.D.E., 1977, p. 396. On parle en anglais de «diligence due duty».
 4. A. de LA PRADELLE et N. POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. 2, 2e éd., Paris, 1957, p. 713.
 5. *Id.*, p. 714 et 716; Voir aussi L. OPPENHEIM, *International Law, a Treatise*, vol. 1, 8th ed., edited by H. LAUTERPACHT, London, Longmans, Green and Co. Ltd, 1963, p. 714.
 6. Traité de Washington du 8 mai 1871, article 1 dans A. de LA PRADELLE, *op. cit.*, p. 777 et s.

de façon à ne pas favoriser l'un ou l'autre des belligérants et la mesure de cette activité devait être:

«en raison directe des dangers réels que le belligérant peut courir par le fait de la tolérance du neutre et en raison inverse des moyens directs que le belligérant peut avoir d'éviter ces dangers»⁷.

On constate donc, que la diligence due est un concept qui permet d'évaluer l'écart qui s'est établi entre le comportement passif ou insuffisamment actif d'un État dans une situation quelconque et l'obligation qui lui est faite, par les règles coutumières ou conventionnelles du droit international, de poser tel geste dans cette même circonstance⁸.

Si l'écart est jugé trop important, donc si l'État omet d'accomplir certains actes imposés par le droit international, sa responsabilité internationale peut-être engagée de la même façon qu'elle le serait dans le cas où il agirait contrairement à ses obligations internationales. Le concept de diligence due ne vise toutefois que les omissions de l'État et non ses agissements.

La diligence due est donc la diligence que l'on est en droit d'attendre d'un «Bon Gouvernement», c'est-à-dire d'un gouvernement respectueux de ses obligations internationales⁹. Ce devoir de vigilance doit faire en sorte que tout État exerce ses compétences de manière à assurer aux États et aux ressortissants étrangers une protection suffisante de leurs droits. Les États ne sont cependant pas tenus de leur garantir l'absence de tout préjudice, mais seulement de prendre toutes les précautions qui devraient normalement assurer cet effet¹⁰. Nous sommes donc en présence d'une obligation de comportement et non de résultat imposée par le droit des gens¹¹.

7. A. de LA PRADELLE, *op. cit. supra*, note 4, p. 856. Cette formule fut critiquée car elle obligeait à évaluer la diligence pour des éventualités imprévisibles. Aussi la Convention XIII de La Haye de 1907 a adopté la formule d'après laquelle la diligence doit être exercée «selon les moyens dont l'État dispose». P. REUTER, *Droit international public*, 5^e éd. Paris, P.U.F., 1976, p. 223.

8. P. DUPUY, *loc. cit. supra*, note 3, p. 396.

9. *Ibid.*

10. P. REUTER, *op. cit. supra*, note 7, p. 222.

11. *Ibid.* Voir aussi NGUYEN et als., *op. cit. supra*, note 3, pp. 678-679.

La notion de devoir général de vigilance est étroitement rattachée à celle de la souveraineté territoriale car comme le posait l'arbitre Max Huber dans l'affaire de *l'Ile de Palmas*:

«La souveraineté territoriale implique le droit exclusif d'exercer les activités étatiques, ce droit a pour corollaire un devoir: l'obligation de protéger à l'intérieur du territoire, les droits des autres États»¹².

L'une des caractéristiques fondamentales de ce devoir est que l'État est responsable de façon directe des faits des particuliers qui, sur son territoire, ont porté atteinte aux droits d'autres États. Il est responsable pour le délit d'omission, lequel est constitué soit par un défaut de prévention, soit par un défaut de répression des actes dommageables imputables à ses organes¹³, c'est-à-dire par l'absence d'exercice de «la diligence que l'on pourrait, en raison des circonstances et de la qualité de cette personne, attendre d'un État civilisé»¹⁴.

L'évaluation du comportement d'un État dans une situation donnée revient à comparer l'attitude de ce dernier en fonction de celle que l'on était en droit d'attendre d'un «Bon Gouvernement». On évalue donc les agissements d'un État par rapport à un standard minimal de comportement, lequel peut varier en fonction de l'époque, des circonstances et de la situation propre aux autorités de l'État dans le cas concret qui fait l'objet d'examen.

C'est à partir des trois (3) règles de Washington qui servirent de fondement à la décision des arbitres dans l'affaire de *l'Alabama*, que la doctrine et la jurisprudence déterminèrent par la suite les standards minimaux de comportement requis d'un État, à savoir:

- 1) les États doivent posséder, d'une manière permanente, un appareil juridique et matériel suffisant pour assurer normalement le respect de leurs obligations internationales¹⁵.

12. *Affaire de l'Ile de Palmas (États-Unis c. Pays-Bas)*, II N.U., *Recueil des sentences arbitrales*, p. 839.

13. R. AGO, *Quatrième Rapport sur la Responsabilité*. Doc. O.N.U., (A/CN: 4/464), p. 73 et 79 et s.

14. *Id.*, p. 82.

15. O.C.D.E., *op. cit. supra*, note 3, p. 412.

Sur le plan juridique, un État doit avoir une constitution et une législation lui permettant de remplir ses obligations internationales et:

«[II] ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre État sa propre constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international et les traités en vigueur»¹⁶.

Sur le plan matériel, il est obligé de se doter d'un appareil administratif minimal nécessaire à l'exécution de ses obligations, bien qu'une certaine marge de tolérance doit être acceptée en fonction de ce que Reuter appelle le «degré de peuplement et de civilisation» du pays¹⁷.

- 2) En plus de posséder l'infrastructure légale et administrative minimale, les États doivent mettre en oeuvre l'appareil dont ils disposent avec une vigilance adaptée aux circonstances.

Ainsi, certaines situations appellent une vigilance spéciale, notamment lorsque l'action préjudiciable est prévisible à cause de mises en garde adressées aux autorités gouvernementales ou administratives¹⁸.

On constate donc que la variabilité de l'obligation de vigilance dépend des circonstances dans lesquelles le dommage s'est produit. D'autres éléments interviennent cependant qui assouplissent et adaptent les conditions d'utilisation du standard minimal de comportement en fonction de la personne même de l'État incriminé¹⁹.

Ainsi, l'obligation de vigilance peut varier en fonction de l'effectivité du contrôle exercé par l'État sur un territoire donné. Un État n'est pas tenu d'exercer la même vigilance à l'intérieur de son territoire si ce dernier est peu habité et d'une grande superficie²⁰.

16. C.P.J.I. Affaire du *Traitement des Nationaux Polonais*. Avis consultatif. Série A/N no 44, p. 24. Voir aussi l'affaire des *Zones Franches*. Série A/B no 46, p. 167. Voir aussi S.D.N. *Actes de la Conférence de Codification de 1930*, p. 128.

17. P. REUTER, *op. cit. supra*, note 7, p. 224; P. DUPUY, *loc. cit. supra*, note 3, p. 401.

18. On reconnaît alors aux États une obligation d'anticipation P. DUPUY, *loc. cit. supra*, note 3, p. 402: Celle-ci disparaît néanmoins lorsque l'action préjudiciable était totalement imprévisible; voir les affaires *Wipperman (États-Unis c. Vénézuëla)*, Moore, Arbitrations, III, p. 3041 et *Brissot (États-Unis c. Vénézuëla)*, Moore, Arbitrations, III, p. 2969.

19. P. DUPUY, *loc. cit.*, p. 402.

20. Affaire *Buckingham (Grande-Bretagne c. Mexique)*, Hackworth, V, p. 480; Affaire *Miles (États-Unis c. Mexique)*, Moore, Arbitrations, III, p. 3034.

Tout comme le degré de vigilance imposé à un État peut varier d'une région à l'autre de son territoire, on note sur une échelle interétatique une tendance voulant qu'on ne puisse exiger des pays en voie de développement les mêmes standards de comportement que ceux imposés aux États industrialisés²¹.

Bien que les règles minimales, dont il a été fait mention, concernant la possession par un État d'un appareil juridique et matériel suffisant afin d'assurer normalement le respect de ses obligations ne puissent souffrir d'aucun tempérament, il est normal d'autre part que l'on procède à des modulations des standards de comportement pour les États dont les moyens économiques ne leur permettent pas d'exercer un contrôle territorial aussi complet que le font les États mieux nantis²².

Les pays en voie de développement ont d'ailleurs manifesté ce souci dans le domaine de l'environnement, tel qu'on peut le constater à la lecture du principe 23 de la *Déclaration de Stockholm*²³. Ils y demandent que l'on tienne compte:

«Dans tous les cas [...], des échelles de valeurs prévalant dans chaque pays et de l'applicabilité de normes qui sont valables pour les pays les plus avancés, mais qui peuvent ne pas être adaptées aux pays en voie de développement, et être pour ces pays d'un coût social injustifié.»

La notion de diligence due reçut une application très fréquente dans le cadre de la responsabilité pour les dommages causés aux étrangers²⁴, en matière de crimes et délits contre la sûreté des États étrangers²⁵ et enfin dans le domaine du droit de la neutralité²⁶. Bien qu'il n'existe pas de standards de comportement définis en matière de pollution en général et plus précisément en ce qui concerne la pollution atmosphérique, il est maintenant reconnu que l'on est en droit d'attendre des

21. P. DUPUY, *loc. cit.*, p. 403.

22. Voir l'opinion dissidente de M. Azevedo, dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, C.I.J., *Recueil* 1949, p. 89.

23. «*Déclaration de Stockholm sur l'environnement* (16 juin 1972). Documents», (1973) *Revue Générale de Droit International Public*, pp. 350-355 (source non-officielle).

24. Voir par exemple, la sentence de Max Huber dans l'affaire des *biens Britanniques au Maroc espagnol*, II N.U., *Recueil des sentences arbitrales*, 636.

25. Voir par exemple, M. BOURQUIN, «Crimes et délits contre la sûreté des États étrangers», (1927) I R.C.A.D.I., p. 236 et s.

26. Affaire de l'*Alabama* dans A. de LA PRADELLE et al., *op. cit. supra*, note 4, p. 965 et s.

différents pays qu'ils s'acquittent de leurs obligations juridiques fondamentales en respectant *avec soin* les exigences de la protection de l'environnement²⁷.

Le degré de vigilance exigé des États en cette matière doit être plus élevé qu'en d'autres circonstances à cause des menaces que font peser sur l'humanité toute entière, les problèmes nouveaux de pollution et tout particulièrement celui des pluies acides. L'utilisation et la possession de techniques ou d'industries dangereuses exigent une grande vigilance de la part des États. On ne peut exiger des standards de comportement moins rigoureux de la part d'États dont le développement économique est inférieur à celui de pays industrialisés, que ceux exigés de ces derniers; la seule utilisation de ces techniques exige des États concernés, un degré de vigilance à la mesure des risques encourus²⁸. La spécificité du domaine de l'environnement en tant que secteur à haut caractère technologique et scientifique, incite les juristes à croire que l'on assistera à une «technicisation» relative des standards de comportement utilisables, pour apprécier le comportement d'un État en matière de protection de l'environnement²⁹.

L'obligation générale de vigilance que les États doivent observer en matière de pollution fut consacrée à l'article 21 de la *Déclaration de Stockholm sur l'environnement*. Après avoir reconnu le droit souverain des États d'exploiter leurs propres ressources, les signataires de l'accord crurent essentiel d'apporter un tempérament à cette règle, soit:

«le devoir de s'assurer que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres États ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale»³⁰.

L'emploi du mot «devoir» ne correspond cependant pas à un concept juridique bien défini puisqu'en droit international général, on parle plus volontiers «d'obligation internationale», expression plus étroite mais renvoyant à un contenu plus précis. Éveillés par l'urgence des problèmes écologiques, les États ont voulu bien plus, par la *Déclaration de Stockholm*, définir la finalité des politiques nationales et internationa-

27. P. DUPUY, *loc. cit. supra*, note 3, p. 404.

28. *Id.*, pp. 403-404.

29. *Id.*, p. 405.

30. *Déclaration de Stockholm, loc. cit. supra*, note 23.

les en matière d'environnement que de préciser les droits et obligations auxquels sont soumis les États en application du droit des gens et cette finalité était de créer un sentiment de «devoir moral» dans l'endiguement de la dégradation de notre biosphère³¹.

Ainsi apparaît-il que, par la notion de «devoir»³² résultat de la conjonction des préoccupations politiques, éthiques et juridiques, la *Déclaration de Stockholm* a entendu désigner à la fois:

- 1) les obligations classiques de diligence due s'imposant de longue date aux États en vertu du droit international général et,
- 2) la volonté de concevoir la politique de protection de l'environnement international comme une nécessité morale, inspirée aussi bien par l'urgence évidente d'une action commune que par l'évolution de l'éthique internationale³³.

En procédant à une adaptation des principes énoncés par la doctrine et la jurisprudence sur le contenu du devoir général de vigilance au domaine environnemental, on peut soutenir qu'il doit comprendre à ce sujet trois éléments:

- 1) la possession par l'État d'un appareil juridique et matériel suffisant pour assurer normalement le respect de ses obligations environnementales, ce qui implique la mise en oeuvre par l'État d'une législation, d'une réglementation administrative civile et pénale, propres à endiguer les effets de la pollution³⁴.

31. O.C.D.E., *op. cit. supra*, note 3, p. 409.

32. Qui correspond dans le texte anglais au terme «responsability».

33. O.C.D.E., *op. cit.*, p. 410.

34. Cet aspect de l'obligation de diligence est parfois repris dans plusieurs conventions bilatérales ou multilatérales concernant la protection d'un milieu donné. Voir l'article 3 al. 1 de la *Convention d'Helsinki relative à la protection de l'environnement marin de la Baltique*. Voir l'article 24 de la *Convention de Genève sur la Haute mer* (1958); *Id.*, p. 413.

- 2) que l'État fasse usage de ces outils avec une diligence et une vigilance adaptées aux circonstances et³⁵
- 3) qu'il coopère avec les autres États afin que s'instaure un régime de gestion internationale des problèmes communs causés par les différentes formes de pollution transfrontière.

On peut donc de façon synthétique poser que la règle de diligence due s'analyse en un faisceau d'obligations complémentaires de vigilance, préventives et curatives, incitant les États à administrer les territoires placés sous leur juridiction de façon à ne pas nuire à leurs voisins. L'obligation de diligence n'en est pas une de résultat mais bien de comportement qui peut varier en fonction des circonstances multiples dans lesquelles elle s'inscrit et des ressources de chaque pays.

III - LE PRINCIPE DE BON VOISINAGE

Trouvant son fondement dans la maxime latine *sic utere tuo ut alienum non laedas* (utilise ton bien de façon à ne pas nuire à autrui), le principe dit «de bon voisinage» interdit à tout État de laisser faire usage de son territoire de façon préjudiciable aux droits d'autres États³⁶.

Le droit international de voisinage repose sur la coutume. Il est constitué de règles qui, en l'absence de stipulations conventionnelles, obligent les États et entraînent leur responsabilité³⁷. La règle d'utilisation non dommageable du territoire constitue pour Oppenheim: «l'un de ces principes généraux du droit reconnus par les États civilisés, que la Cour Permanente est tenue d'appliquer en vertu de l'article 38 de son Statut»³⁸.

Selon Andrassy³⁹, le droit international de voisinage apparaît comme la contrepartie du principe de la souveraineté territoriale de l'État.

35. Certaines conventions font état de la nécessité pour l'État d'appliquer strictement ses dispositions légales et réglementaires, protectrices d'un milieu donné. Voir par exemple, l'article 1^{er} de la Convention du 27 octobre 1960 sur la protection du Lac Constance. O.C.D.E., *op. cit. supra*, note 3, p. 413, note 2.

36. O.C.D.E., *op. cit.*, p. 374.

37. Ce n'est pas du *jus cogens*, puisque les parties intéressées peuvent s'entendre pour régler la matière d'une façon différente. Voir à ce sujet: J. ANDRASSY, «Les relations internationales de voisinage», (1951) II R.C.A.D.I. 73.

38. L. OPPENHEIM, *op. cit. supra*, note 5, pp. 346-347.

39. J. ANDRASSY, *loc. cit.*, pp. 102-103.

Appliqué rigoureusement, ce dernier signifie que «l'État a le droit d'aménager son territoire pour ses besoins propres, même au cas où il y aurait préjudice pour un autre État»⁴⁰. On peut ainsi en arriver à des conséquences intolérables et inadmissibles.

Fort heureusement, les auteurs modernes soutiennent que la souveraineté territoriale se trouve limitée par le fait de la coexistence et de l'association des États. La nature même de leurs relations de voisinage ne leur permet pas de disposer de leur territoire sans aucune restriction. C'est dans le domaine fluvial que ce principe de «communauté d'intérêts» se développe lentement⁴¹. Ballenegger soutient que la règle prohibant l'utilisation par un État de son territoire de façon préjudiciable aux droits d'autres États, puisqu'elle a servi d'argument contre les détournements d'eau au détriment d'un État d'aval, doit aujourd'hui empêcher un État de causer une pollution préjudiciable à un État co-riverain⁴².

La règle relative aux relations de bon voisinage, admise déjà en droit interne, a été invoquée dès 1941 dans une affaire de caractère international, l'affaire de la *Fonderie de Trail*, soumise à l'arbitrage par les États-Unis et le Canada⁴³. Cette affaire constitue un précédent jurisprudentiel en matière de pollution atmosphérique transfrontière⁴⁴ auquel nous devons porter une attention toute particulière⁴⁵.

Depuis 1896, la Fonderie de Trail située en Colombie-Britannique et propriété de la Consolidated Mining and Smelting Co of Canada (Cominco) exploitait le minerai de cuivre et de plomb abondant dans

40. *Id.*, p. 102; aussi J. SCHNEIDER, *World Public Order of the Environment: Towards an International Ecological Law and Organization*, Toronto, University of Toronto Press, 1979, p. 142.

41. J. ANDRASSY, *loc. cit.*, pp. 103-104.

42. J. BALLENEGGER, *La pollution en droit international*, Genève, Librairie Droz, 1975, pp. 66-67.

43. Affaire de la *Fonderie de Trail*, III N.U., *Recueil des sentences arbitrales*, pp. 1905-1982 [ci-après III R.S.A.].

44. «En ce qui concerne la jurisprudence, la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* constate qu'il n'y avait pas de précédents de jurisprudence internationale portant sur les cas de pollution des eaux ou de l'air.» J. ANDRASSY, *loc. cit. supra*, note 37, p. 123.

45. Pour une étude intéressante sur l'affaire de la *Fonderie de Trail* voir G. F. FITZGERALD, «Le Canada et le développement du droit international: La contribution de l'affaire de la *Fonderie de Trail* à la formation du nouveau droit de pollution atmosphérique transfrontière», (1980) 11 *Études Internationales* 393; J. E. READ, «The Trail Smelter Dispute», (1963) I *The Canadian Yearbook of International Law* 213.

cette région⁴⁶. La fusion du minerai entraînait le dégagement dans l'atmosphère d'une importante quantité de gaz sulfureux soit en 1930, de 300 à 350 tonnes par jour. Les vents dominants du nord-est de la vallée du fleuve Columbia sur les rives duquel était installée la fonderie, poussaient les fumées de cette dernière au-delà de la frontière dans l'État américain.

À la suite d'une intervention du gouvernement américain, la Commission Mixte Internationale (C.M.I.) instituée par le Traité de 1909 sur les eaux limitrophes⁴⁷, fut chargée de trancher la question. Dans son rapport du 28 février 1931, la Commission anticipant en partie l'apparition des dommages causés par l'anhydride sulfureux (SO₂), alloua aux États-Unis une indemnité de 350 000 dollars pour les pertes subies et celles à survenir jusqu'au 1er janvier 1932. En outre, diverses mesures furent prises pour réduire le volume des émanations de gaz sulfureux, qui bien que réduites n'en continuaient pas moins de causer de sérieux dommages aux cultures.

Le gouvernement américain protesta le 17 février 1933 auprès des autorités canadiennes et des négociations diplomatiques amenèrent la signature d'un accord entre les deux États le 15 avril 1935⁴⁸. Selon ce dernier, un tribunal arbitral de trois membres devait rendre une sentence équitable pour les deux parties en appliquant les règles de droit international ainsi que le droit et la jurisprudence existants entre les États de l'Union.

Le tribunal devait répondre aux questions suivantes:

- 1) La fonderie de Trail a-t-elle causé des dommages depuis le 1er janvier 1932 et, si oui, quelle indemnité devrait être payée pour les réparer?
- 2) En cas de réponse affirmative à la première partie de la question précédente, la Fonderie de Trail doit-elle

46. Il s'agissait à l'époque de l'une des plus importantes fonderies du continent; J. BALLENEGGER, *op. cit. supra*, note 42, p. 200.

47. Les compétences de la C.M.I. couvrent la pollution des eaux frontalières, mais elle peut être requise de s'occuper d'autres problèmes de voisinage. Article IX du Traité de 1909 sur les eaux limitrophes, *The Consolidated Treaty Series*, 1908-1909, vol. 208, p. 213. Texte français du Traité dans *Loi du Traité des eaux limitrophes internationales*, S.R.C. 1970; c. I-20.

48. Texte de l'accord, III R.S.A., p. 1907.

s'abstenir, à l'avenir, de causer des dommages dans l'État de Washington et, si oui, dans quelle mesure?

- 3) À la lumière de la précédente question, quelles mesures ou quel régime devraient être adoptés ou maintenus par la Fonderie de Trail?
- 4) Le cas échéant, quelle indemnité devrait être payée en application de toute décision ou toutes décisions du tribunal, conformément aux deux questions précédant immédiatement celle-ci⁴⁹?

Le 16 avril 1938, après deux ans consacrés à établir les faits et quatre mois d'audition de témoins et d'experts, le tribunal rendait une première sentence dans laquelle il répondait à la première question qui lui était soumise. Il ne faisait aucun doute, suite aux enquêtes menées, que les émanations d'anhydride sulfureux avaient provoqué des pertes. Les constatations antérieures de la C.M.I., les renseignements fournis par les détecteurs automatiques enregistrant la teneur en SO₂ de l'atmosphère, les expériences menées en laboratoire pour étudier les effets de ce gaz et les témoignages, tout confirmait le caractère nocif des émanations⁵⁰. Il était plus difficile d'évaluer le montant des dommages subis.

Les américains demandaient d'être compensés pour les dommages aux terrains cultivés ou non et ceux causés au bétail et à la propriété dans la ville de Northport. Ils réclamaient de plus des sommes pour la pollution des eaux du fleuve Columbia, pour les pertes occasionnées dans la marche des affaires et enfin des dommages-intérêts pour les frais de procédure ainsi que le paiement d'intérêts à cinq pour cent sur la somme de 350 000 dollars allouée par la C.M.I.; somme que le Canada avait versée tardivement. Le Canada quant à lui prétendait que les pertes alléguées étaient davantage dues aux conditions climatiques (sécheresse, incendies, ravages des insectes) qu'aux fumées de la Fonderie.

Le tribunal se livra à une étude approfondie des relevés effectués pour déterminer la force et la direction des vents en rapport avec les retombées de gaz toxiques et ne retint finalement que le poste à vrai dire

49. *Id.*, article III du Traité, p. 1908.

50. *Id.*, p. 1921 et s.

le plus important des réclamations américaines, soit celui concernant les dommages aux cultures et à l'exploitation des forêts. Quant au reste des réclamations, le tribunal considéra soit qu'elles sortaient du cadre fixé par l'accord au 15 avril 1935 soit que les dommages n'étaient pas prouvés. Le tribunal accorda par conséquent 78 000 dollars au gouvernement américain pour tous les dommages causés par les fumées de la Fonderie entre le 1er janvier 1932 et le 1er octobre 1937, avec intérêt à six (6) pour cent l'an dès la publication de la sentence. Les arbitres admirent que les pertes subies s'avéraient extrêmement difficiles à chiffrer avec précision parce que d'une part elles avaient varié d'une année à l'autre et d'autre part, chaque fermier avait été plus ou moins atteint selon la situation de ses terres; enfin, la nature des cultures les rendaient plus ou moins sensibles au SO₂⁵¹.

Dans une deuxième sentence rendue le 11 mars 1941, le tribunal rendait sa décision sur les trois dernières questions. En ce qui concerne les deuxième et troisième questions, à savoir dans quelle mesure la Fonderie devait-elle réduire ses émissions polluantes si réduction il devait y avoir dans l'opinion du tribunal, ce dernier devait affirmer le principe qui allait faire de cette sentence un précédent souvent invoqué:

«le tribunal, se fondant sur les sentences citées ci-dessus prises dans leur ensemble, conclut en ce sens que, en vertu des principes du droit des gens et du droit des États-Unis, aucun État n'a le droit d'user de son territoire ou d'en permettre l'usage d'une manière qui entraîne des dommages dus aux fumées sur le territoire d'un autre État ou à la propriété de personnes s'y trouvant, lorsque les effets en sont importants (serious) et que le dommage est clairement et manifestement prouvé»⁵².

De l'avis donc du tribunal, la Fonderie devait désormais agir de façon à ce qu'aucun dommage ne soit causé sur le territoire de l'État de Washington, dut-elle interrompre complètement toutes émissions d'anhydride sulfureux si nécessaire. Cette mesure était péremptoire afin que le Canada respecte ses obligations de bon voisinage face aux États-Unis. Le tribunal fixa un système de mesures et de critères (heure,

51. *Id.*, p. 1929 et s.

52. *Id.*, p. 1965. Il est curieux de constater, tel que souligné par BALLENEGGER, que c'est à propos de la prévention de dommages ultérieurs et non à propos de la réparation de pertes déjà subies que les arbitres ont énoncé ce principe, *op. cit. supra*, note 42, p. 203.

saison, vitesse et direction du vent, etc.) pour en arriver à cet objectif de bonne entente.

Les États-Unis insatisfaits des dommages-intérêts qui leur avaient été accordés en 1938, soit la somme de 78 000 dollars couvrant la période du 1er janvier 1932 au 1er octobre 1937, réclamaient une indemnité plus élevée et alléguaient d'autre part la survenance de nouveaux dommages depuis le 1er octobre 1937. Les arbitres décidèrent que leur première décision avait force de chose jugée et qu'il n'y avait donc pas lieu d'y revenir⁵³. Quant à de nouveaux dommages, leur existence n'était nullement prouvée⁵⁴.

Pour ce qui est de la question 4, l'on jugea que le régime prescrit éliminerait sans doute les causes de la controverse et ferait en sorte qu'aucun dommage de type matériel ne soit causé à l'avenir aux États-Unis. Toutefois, le tribunal décida:

«1) qu'une indemnité devrait être allouée pour les dommages qui avaient été commis depuis le 1er octobre 1940 ou qui seraient commis à l'avenir et 2) qu'il faudrait accorder à titre d'indemnisation pour le coût raisonnable des enquêtes menées par les États-Unis, une somme ne dépassant pas 7 500 dollars par année»⁵⁵.

Dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, le tribunal s'inspira du droit appliqué aux États-Unis, afin d'énoncer le principe prohibant l'utilisation de son territoire par un État à des fins préjudiciables à un autre État, car à son avis:

«il était raisonnable de s'inspirer par analogie, pour des causes internationales, de la jurisprudence établie par cette cour [Cour suprême des États-Unis] lorsqu'elle a eu à débattre des controverses suscitées par les droits quasi-souverains des États, lorsqu'aucune règle contraire ne prévaut en droit international et que de tels précédents ne peuvent être rejetés pour aucune raison découlant des limites inhérentes à la souveraineté dictée par la constitution des États-Unis»⁵⁶.

53. *Id.*, pp. 1948-1957.

54. *Id.*, p. 1965.

55. *Id.*, p. 1980; G.F. FITZGERALD, *loc. cit. supra*, note 45, pp. 401-402.

56. III R.S.A. pp. 1963-1964. Les causes américaines sur lesquelles se fonda la décision du tribunal étaient: *State of Missouri v. State of Illinois*, 200 US 496, 521; *State of New York v. State of New Jersey*, 256 US 296, 309; *State of Georgia v. Tennessee Copper*

Nul doute que cette décision eut un impact considérable sur le développement de nouvelles règles internationales à l'égard de la pollution atmosphérique transfrontière. Même si certains pourraient soutenir que l'application par le tribunal de règles tirées de décisions américaines tout autant que de décisions internationales ne ferait pas de l'affaire de la *Fonderie de Trail*, un précédent jurisprudentiel international, cette dernière fut si souvent citée par les auteurs qu'on peut maintenant affirmer que les principes qui y sont énoncés constituent «la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations» et à ce titre peuvent être employés comme preuve du droit international coutumier⁵⁷.

Les principes tirés de cette affaire sont maintenant acceptés par les nations civilisées et constituent sans contredit *l'opinio juris* d'une coutume internationale évidente⁵⁸. Ces derniers furent d'ailleurs appliqués en 1944 par la Cour Internationale de Justice dans l'affaire du *Détroit de Corfou* qui ne concernait cependant pas un problème de pollution transfrontière⁵⁹.

Le tribunal souligna, en se fondant sur la maxime latine *sic utere tuo at alienum non laedas*:

«L'obligation de chaque État de ne pas autoriser sciemment l'utilisation de son territoire à des actes contraires aux droits des autres États»⁶⁰.

Le principe d'utilisation non dommageable du territoire d'un État tel qu'énoncé dans l'arrêt de la *Fonderie de Trail* a franchi une importante étape en matière d'environnement avec la rédaction des Principes 21 et 22

Co and Ducktown Sulphur, Cooper and Iron Co. Ltd., 206 US 230. C'est dans cette dernière cause de 1907 que la Cour suprême des États-Unis énonça le principe que: «C'est une demande juste et raisonnable de la part d'un État que l'air au-dessus de son territoire ne soit pas pollué à une grande échelle par des gaz sulfureux provenant des activités industrielles d'un autre État et que les forêts sur ses montagnes, ne soient pas détruites [...]»

57. Voir l'article 38 du Statut de la C.I.J., (1946-1947) I. R.T.N.U. xvi. Voir aussi L.F.E. GOLDIE, «A General View of International Environmental Law. A Survey of Capabilities, Trends and Limits» dans *Académie de Droit International de la Haye, Colloque 1973: La Protection de l'environnement et le droit international*, Leiden, Sijthoff, 1975, 25, pp. 70-71.

58. Voir I. H. VAN LIER, *op. cit. supra*, note 2, p. 108.

59. Affaire du *Détroit de Corfou* (*Royaume-Uni c. Albanie*), C.I.J., *Recueil* 1949, Rapport 4.

60. *Id.*, p. 22

de la *Déclaration de Stockholm sur l'environnement*. Le principe 21 cité dans la section consacrée au devoir général de vigilance, stipule le devoir d'un État de ne pas utiliser son territoire de manière à causer préjudice au territoire d'autres États, ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction. Le principe 22 établit quant à lui le devoir de coopération entre les États afin de développer le droit international en matière d'indemnisation des victimes de la pollution transfrontière⁶¹.

Tel qu'il fut souligné antérieurement, la notion de «devoir» contenue dans le libellé du principe 21 de la *Déclaration de Stockholm* entend désigner les obligations classiques de diligence due s'imposant aux États en vertu du droit international. Des explications s'imposent donc, afin de connaître la nature des concepts de diligence due et de bon voisinage.

Le devoir général de vigilance impose aux États des agissements conformes à ceux qu'exercerait un «Bon Gouvernement» dans une situation donnée. Ce principe très général peut trouver application dans de nombreux domaines⁶² y compris dans celui des obligations internationales de voisinage. La «diligence due» impose aux États la conduite qu'ils doivent observer afin que les activités qui sont menées sur leur territoire ne nuisent pas à celles d'autres États. On peut synthétiser ces affirmations en soutenant qu'en matière d'environnement, les États doivent user de toute la diligence due requise dans leurs relations de voisinage.

Il est donc difficile, en matière d'environnement, de dissocier diligence due et règle de bon voisinage. La lecture du principe 21 de la *Déclaration de Stockholm* nous fait d'ailleurs réaliser la conjonction de ces deux principes. Les États ont un devoir général de vigilance face aux autres États en matière de pollution⁶³. Le principe 21 fait véritablement

61. «Alors que le principe 21 est formulé dans un langage fort qui décrète que les États doivent faire en sorte que les activités qui relèvent de leur juridiction ou contrôle ne causent pas de dommages, sa portée est quelque peu affaiblie par le contenu du principe 22 qui stipule que les États doivent coopérer entre eux pour développer davantage les aspects du droit international qui ont trait à la responsabilité et à l'indemnisation.» G. F. FITZGERALD, *loc. cit. supra*, note 45, p. 411.

62. Par exemples, dans le domaine du droit de la neutralité et en matière de responsabilité pour les dommages causés aux étrangers.

63. DUPUY dit d'ailleurs en parlant du principe 21 de la *Déclaration de Stockholm*: «Et c'est cette obligation de diligence, articulée autour de la règle précitée [celle de l'utilisation non dommageable du territoire à l'égard des tiers] que désigne, d'abord, le contenu du principe 21 de la *Déclaration de Stockholm*». *Loc. cit. supra*, note 3, p. 412.

application des principes de diligence due et de bon voisinage au domaine de l'environnement en mentionnant expressément le terme «environnement», d'une conception plus large que celle du terme «territoire» tel qu'exprimé dans l'affaire du *Détroit de Corfou*. La notion d'environnement signifie que les États devront à l'avenir élargir le champ d'exercice de leur contrôle administratif. Leur vigilance devra s'appliquer non seulement au territoire proprement dit (terre et mer territoriale) mais également à l'atmosphère et de façon plus générale, à tous les agents écologiques qui constituent leur «environnement» et qui interagissent avec ceux d'autres États, proches ou éloignés.

Si la formule reste assez vague, l'évolution n'en est pas moins certaine. Elle interdit, à tout le moins, que les pays se retranchent derrière une conception exagérément restrictive de la notion classique de «territoire»⁶⁴.

Nous ne saurions passer sous silence la position soutenue par certains auteurs concernant la notion de bon voisinage, qui ferait en sorte que ce principe serait inefficace quant à la résolution de problèmes de pollution transfrontière unidirectionnelle pour des États dont les territoires ne seraient pas contigus. Il pourrait s'agir, par exemple, de la pollution d'un cours d'eau où les eaux s'écoulent toujours d'amont en aval ou celle qui nous intéresse plus particulièrement et qui concerne la pollution de l'air sur de longues distances où les vents dominants voyagent d'ouest en est.

Selon ces derniers, les rapports de voisinage lient toujours et exclusivement des États dont les territoires sont contigus; les droits et obligations qui en découlent ne concernent que les régions frontières et sont en principe réciproques⁶⁵. Ballenegger considère cependant que cet argument n'est pas convaincant et en dispose laconiquement en affirmant que le principe subsiste toujours lorsqu'il s'agit d'un cours d'eau limitrophe⁶⁶.

64. P. DUPUY, *loc. cit.*, pp. 381 et 416.

65. J.-P. DOBBERT: *Water pollution and international rivers law*, Bulletin de l'Association des auditeurs et anciens auditeurs de l'Académie de droit international de La Haye, vol. 35, pp. 60-99. Cette position ne fait pas l'unanimité chez les auteurs. La prohibition de polluer unidirectionnellement un cours d'eau ou l'atmosphère se fonde tantôt sur la notion de bon voisinage pour certains auteurs, mais aussi sur la notion d'abus de droit ou la coutume pour certains autres. Voir J. BALLENEGGER, *op. cit. supra*, note 42, pp. 67-73.

66. J. BALLENEGGER, *op. cit.*, p. 67.

En reconnaissant que le principe de bon voisinage fut traditionnellement appliqué à des États voisins, Johnston et Finkle le réconcilient de façon déconcertante avec le problème des précipitations acides, en affirmant que ce dernier offre l'occasion d'étendre ce principe aux relations entre États dont les territoires ne sont pas contigus⁶⁷. La solution adoptée par Dupuy est très intéressante puisqu'il énonce le principe d'utilisation non dommageable du territoire en prenant bien soin de le distinguer de celui de bon voisinage, afin d'éviter justement le piège de la contiguïté. Une chose est certaine pour lui, il existe indiscutablement un principe dont la nature coutumière ne saurait faire de doute: le principe interdisant à tout État de laisser faire usage de son territoire de façon préjudiciable aux droits d'autres États que ces derniers soient contigus ou non à l'auteur du dommage⁶⁸.

Pour cet auteur, le principe précité conduit naturellement les États respectivement concernés par les pollutions transfrontières (au premier rang desquels les États voisins), à s'orienter vers une application plus constructive de l'obligation de non-pollution:

«Celle-ci doit, ou devrait en bonne logique, inciter les États à collaborer de diverses façons, afin de prévenir les situations qui risqueraient de les exposer à une violation de la règle coutumière; et l'on peut sans doute voir dans le développement actuel de la coopération internationale (dans le cadre d'organisations telles que l'O.C.D.E., ou par voie d'accords bi et multilatéraux), la manifestation de cette préoccupation»⁶⁹.

Le principe d'utilisation non dommageable du territoire a ouvert la voie à l'émergence de nouvelles notions plus spécifiques, telle celle de «bassin intégré», apparue au cours des vingt dernières années dans de nombreux grands fleuves asiatiques ou africains. Selon ce principe, les États doivent parvenir à l'utilisation optimale non seulement du fleuve considéré, mais de l'ensemble des cours d'eau constituant son bassin hydrographique. On en arrive donc à une conception du principe d'utilisation non dommageable du territoire ayant une connotation plus étendue quant à la prohibition de la pollution transfrontière⁷⁰.

67. D. M. JOHNSTON and P. FINKLE, *Acid precipitation in North America: the case for transboundary cooperation*, Calgary, Canadian Institute of Resources Law, 1983, p. 31.

68. P. DUPUY, *loc. cit. supra*, note 3, pp. 337-376 et 412.

69. *Id.*, p. 376.

70. *Ibid.*

Il ne fait aucun doute que la règle d'utilisation non dommageable du territoire puisse trouver application en matière de précipitations acides. En cette matière comme pour toute autre forme de pollution, le problème n'est pas tant de reconnaître des droits et obligations aux parties que d'identifier les mécanismes permettant de faire appel à la responsabilité de l'État pollueur. Or, comme pour ce qui est de la diligence due, il faut, pour ce faire, connaître les standards de comportement d'un «Bon Gouvernement» et de ce fait les normes scientifiques définissant des taux de pollution en fonction des effets de celle-ci sur l'environnement. Ces standards se développent peu à peu mais ne sont pas encore assez fermement établis pour permettre de réglementer de façon adéquate les multiples problèmes de pollution auxquels nous devons faire face avec une fréquence quelquefois inquiétante.

Nous croyons que le principe 21 de la *Déclaration de Stockholm* ajoute une dimension élargie à la notion traditionnelle de bon voisinage où la contiguïté des États était nécessaire dans leurs relations contentieuses. Il vient en quelque sorte codifier le principe coutumier d'utilisation non dommageable du territoire et définir une nouvelle norme de bon voisinage en matière environnementale.

IV - L'ABUS DE DROIT

Cette notion découle aussi du principe tiré du droit privé exprimé par la maxime: *Sic utere tuo alienum non laedas*. L'abus de droit permet d'engager la responsabilité d'un État lorsque ce dernier se sert d'un droit dont il jouit dans le seul dessein de nuire à un autre État, lui causant ainsi des dommages injustifiables⁷¹.

Sibert nous enseigne que:

«l'exercice d'un droit cesse d'être légitime et devient abusif quand il se produit: 1) soit sans utilité pour son titulaire; 2) soit dans un but de contradiction avec l'intérêt social qui a déterminé l'attribution du pouvoir légal; 3) soit quand l'exercice du droit va plus loin que ce qui a été accordé; 4) soit quand l'exercice du droit

71. Oppenheim soutient qu'un abus de droit est commis: «When a State avails itself of its right in an arbitrary manner in such a way as to inflict upon another State an injury which cannot be justified by a legitimate consideration of its own advantage.» L. OPPENHEIM, *op. cit. supra*, note 5, p. 345.

s'entoure de rigueurs inutiles ou cause un préjudice qui n'est pas la conséquence directe et nécessaire de son utilisation»⁷².

Oppenheim, parlant de l'abus de droit et envisageant notamment le cas des cours d'eau, écrit: «Le devoir d'un État de ne pas modifier l'écoulement d'un fleuve au détriment d'autres États riverains a son origine dans le même principe»⁷³. La Cour Permanente de Justice Internationale (C.P.J.I.) soutient qu'en certaines circonstances, un État agissant techniquement dans la légalité, peut engager sa responsabilité internationale sur la base d'un abus de droit, ce dernier ne pouvant cependant être présumé⁷⁴. Bien que les juges de la C.P.J.I. aient fréquemment fait référence à ce principe, cette cour ne l'a jusqu'à maintenant jamais véritablement reconnu. La doctrine de l'abus de droit est par conséquent controversée⁷⁵, certains auteurs allant même jusqu'à nier son existence en droit international⁷⁶.

Contrairement aux principes de diligence due et de bon voisinage, la doctrine de l'abus de droit se fonde sur une action d'un État en violation avec le droit international et non sur une omission. Si on adhère à l'école reconnaissant l'existence de cette doctrine en droit international et qu'on l'applique au problème des pluies acides, on devrait alors soutenir que l'État pollueur commettrait un abus de droit en laissant s'échapper des émissions nocives de son territoire au détriment d'un autre ou que le droit dont l'État pollueur abuse est celui d'utiliser son territoire sans considération aucune pour les dommages qui pourraient être causés par les pluies acides⁷⁷. Cela revient à dire qu'on doit alors reprocher à l'État

72. M. SIBERT, *Traité de droit international public*, t. 1, Paris, Dalloz, 1951, p. 311, note 6.

73. L. OPPENHEIM, *op. cit.*, p. 346.

74. P. GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, vol. 1, Genève, 1953, pp. 154-155: La Cour permanente de Justice internationale [...] dans les décisions rendues dans l'affaire des *Zones franches* n'a reconnu comme licite l'exercice de droit souverain que sous la réserve qu'il n'y avait pas abus de droit. Toutefois, dans aucun des cas qu'elle a examinés, la Cour n'a affirmé l'existence d'un abus de droit». (*Affaire des Zones franches de Haute Savoie et du District de Gax*: C.P.J.I., Série A, no 7, 30; Série A, no 24, 12, Série A/B, no 46, 167).

75. L. OPPENHEIM, *op. cit.*, p. 346, note 1 et p. 347.

76. G. SCHWARZENBERGER and E.D. BROWN. *A manual of International Law*, 6th ed., Milton (Oxon), Professional Books Ltd, Milton Trading Estate, 1976, p. 85; F.J. BERBER, *Rivers in International Law*, New York, Oceana Publications Ltd, 1959, p. 205.

77. International Law Association (I.L.A.), Committee on Legal Aspects of the Conservation of the Environment, «Report of the Fiftieth Conference of the International Law Association» held in Manila, August 27th 1978 to September 2nd, 1978, publié à Londres, Association 1980, Doc. 631 pages, p. 23.

pollueur son omission de prendre les mesures nécessaires afin de réduire la pollution de l'air dont l'État voisin est victime. Ce raisonnement est difficilement défendable en raison même du caractère «actif» de l'abus de droit. L'État doit en effet, poser un geste «abusif» dans une intention qui ne soit aucunement motivée par des intérêts raisonnables d'utilisation de son territoire. Un État abuserait de ses droits en matière de pollution s'il pollue de façon malicieuse ou tout au moins avec une insouciance s'y apparentant.

Dans le cas de la pollution acide, on ne peut reprocher à l'État pollueur que son manque d'initiative afin de réduire ou d'enrayer les émanations viciées et ce en se basant sur les principes de diligence due et de bon voisinage et non sur celui d'abus de droit.

En raison de toutes ces considérations et aussi du fait qu'il est très difficile à l'heure actuelle, à cause de contraintes scientifiques, d'identifier des standards nous permettant de savoir quand un dommage est injustifié et de mesurer les conséquences d'un abus de droit, nous ne croyons pas que la doctrine de l'abus de droit puisse être d'une quelconque utilité en matière de pluies acides⁷⁸.

V - LE PRINCIPE D'UTILISATION ÉQUITABLE DES RESSOURCES NATURELLES COMMUNES AUX ÉTATS

Malgré l'évolution indiscutable du droit international dans le domaine de l'environnement au cours des vingt dernières années, il y subsiste une foule de secteurs où il n'y a pas de normes spécifiques, d'ordre substantiel ou procédural, permettant aux États d'orienter leurs comportements. C'est en ayant alors recours aux principes généraux de droit et aux principes du droit international coutumier que l'on peut chercher à résoudre les difficultés posées par une telle situation. Le principe d'utilisation équitable des ressources naturelles communes peut alors offrir une solution aux problèmes causés par l'exploitation simultanée par plusieurs pays de ressources naturelles partagées.

78. I. H. VAN LIER, *op. cit. supra*, note 2, p. 111.

Bien que cette notion ne concernait pas à l'origine des problèmes liés à la pollution comme telle, mais ceux engendrés par l'exploitation de ressources naturelles communes à plusieurs États, on peut soutenir que lorsque l'on pollue un cours d'eau limitrophe ou l'atmosphère dans des régions frontalières, il y a exploitation de ressources naturelles partagées entre deux ou plusieurs États⁷⁹.

L'atmosphère peut être utilisée à différentes fins. L'une de celles-ci est de la considérer comme lieu d'élimination ou de dispersion de polluants. En vertu du principe d'utilisation équitable de cette ressource commune à plusieurs États, voire à l'ensemble des pays de la biosphère, les États pollueurs doivent tenir compte des différentes utilisations que font de cette ressource d'autres États⁸⁰. La mise en oeuvre de ce principe aura le double effet d'établir la responsabilité a posteriori d'un État pollueur et aussi de prévenir les «litiges internationaux en matière d'environnement, suscités par des revendications potentiellement incompatibles quant à l'utilisation de la ressource naturelle partagée»⁸¹.

À partir du moment où un État utilise une ressource naturelle commune à deux ou plusieurs États, il doit veiller à ce que son action ne porte pas atteinte à d'autres utilisations de la même ressource ou d'autres ressources naturelles, en dehors du territoire relevant de sa juridiction. Il existe donc un intérêt juridique portant sur toute utilisation donnée de cette ressource qui dépasse les frontières nationales. Ce principe a été maintes fois repris par les tribunaux⁸².

Il est de plus admis, que dans la mesure où des utilisations à l'intérieur de territoires nationaux différents d'une ressource naturelle partagée au niveau international, sont corrélatives et interdépendantes, elles doivent être assujetties à des restrictions réciproques. Le tribunal arbitral franco-espagnol devait d'ailleurs souligner dans l'affaire du *Lac Lanoux*, se référant à la «pratique internationale courante», que la France

79. G. HANDL, «Le principe d'"utilisation équitable" dans son application aux ressources naturelles partagées au niveau international: son rôle dans le règlement d'éventuels litiges internationaux en matière de pollution transfrontière» dans O.C.D.E. *La pollution transfrontière et le rôle des États*, Paris, O.C.D.E., 1981, 97-121, p. 99.

80. I. H. VAN LIER, *op. cit. supra*, note 2 p. 111.

81. G. HANDL, *loc. cit.*, p. 97.

82. Voir par exemples: *Jurisdiction territoriale de la Commission nationale de l'Older (Royaume-Uni c. Pologne)*, (1929) C.P.J.I. Sér. A, no 23, p. 27. *Société d'Énergie Électrique du Littoral Méditerranéen contre la compagnie Imprese Elettriche Liguri*, (1938-1940) A.D. 120-122.

en exécutant son projet hydro-électrique impliquant l'utilisation d'un cours d'eau international, avait l'obligation de prendre en considération, quelle qu'en soit la nature:

«[...] tous les intérêts qui risquent d'être affectés par les travaux entrepris, même s'ils ne correspondaient pas à un droit»⁸³.

Le tribunal ajoutait que les règles de bonne foi exigeaient de la part de l'État situé en amont, qu'il s'emploie:

«à donner [à ces intérêts] toutes les satisfactions compatibles avec la poursuite de ses propres intérêts et à montrer qu'il a, à ce sujet, un souci réel de concilier les intérêts de l'autre riverain avec ses intérêts propres»⁸⁴.

Cette égalité en matière d'utilisation d'une ressource naturelle partagée au niveau international découle évidemment du principe fondamental de l'égalité souveraine des États. Car tel que souligné par Handl:

«Étant donné une interdépendance d'utilisation de ressources qui met en jeu des juridictions nationales différentes, des revendications territoriales, basées sur la souveraineté, qui concernent l'exploitation de ressources naturelles relevant d'une certaine juridiction, doivent être compatibles avec le respect dû à la souveraineté des autres États, qui vont ressentir sur leur territoire les répercussions de la conduite du premier État en cause»⁸⁵.

Cette reconnaissance de la réciprocité et de l'interdépendance des droits et devoirs des États constitue l'essence même des concepts de «solidarité internationale», (tel que défini par l'O.C.D.E.)⁸⁶ et de «bon

83. Affaire du *Lac Lanoux*, XII N.U., *Recueil des sentences arbitrales* 285, p. 315.

84. *Ibid.*

85. G. HANDL, *loc. cit. supra*, note 79, pp. 100-101. Pour une revue de l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence passant du principe de la souveraineté territoriale absolue à celui de la communauté d'intérêts entre États, voir aussi J. ANDRASSY, *loc. cit. supra*, note 37, pp. 102-109.

86. O.C.D.E., «Recommandation du Conseil concernant des principes relatifs à la pollution transfrontière», C(74)224, dans O.C.D.E., *op. cit. supra*, note 3, p. 13. «Les pays devraient définir une politique concertée à long terme tendant à la protection et à l'amélioration de l'environnement dans les zones susceptibles d'être affectées par la pollution transfrontière. Sans préjudice de leurs droits et obligations au regard du droit international et conformément au devoir que leur assigne le Principe 21 de la *Déclaration de Stockholm*, les pays devraient, autant que possible, rechercher un

voisinage» en matière d'environnement, ce dernier exprimant un état d'interdépendance des ressources de zones adjacentes et non-adjacentes de juridictions nationales différentes⁸⁷. On voit dans ces deux notions le partage d'un intérêt équitable dans l'utilisation d'une ressource naturelle commune. Une obligation existe alors pour les États de concilier leurs intérêts mutuels lorsqu'il y a exploitation simultanée d'une telle ressource légitime et comme le mentionne Handl, la revendication par l'une des parties, de cette ressource naturelle partagée doit être évaluée dans le contexte global des conditions sociales, économiques et environnementales, dans lesquelles le droit s'inscrit⁸⁸.

Le principe d'utilisation équitable implique que l'optimisation de l'utilité globale de la ressource naturelle partagée, soit considérée comme le but fondamental de toute réglementation juridique internationale des utilisations nationales de cette ressource, dans des conditions de simultanéité d'exploitation. Plusieurs documents font d'ailleurs référence à ce principe qui semble faire l'objet d'un consensus international. Ainsi, l'article 3 de la *Charte des droits et obligations économiques des États* contient une stipulation à l'effet que les États sont sujets à une obligation juridique internationale de coopération «...afin d'assurer l'exploitation optimale de ressources naturelles partagées au niveau international»⁸⁹; le paragraphe (a) de l'article IV des Règles d'Helsinki déclare quant à lui:

«L'idée de partage équitable consiste à accorder à chaque État riverain du bassin le maximum d'avantages par l'utilisation des eaux, avec le minimum de préjudice pour chacun»⁹⁰.

Le principe d'utilisation équitable peut être analysé quant à ses aspects spécifiques, à partir des critères énoncés à l'article V des Règles d'Helsinki⁹¹. Bien que concernant le domaine hydrique, nous croyons que

équilibre équitable de leur droits et obligations en ce qui concerne les zones concernées par la pollution transfrontière...»

87. G. HANDL, *loc. cit. supra*, note 79, p. 101; voir aussi P. DUPUY, «Responsabilité internationale des États pour les dommages causés par les pollutions transfrontières» dans O.C.D.E., *Aspects juridiques de la Pollution Transfrontière*, Paris, O.C.D.E., 1977, p. 369.

88. G. HANDL, *loc. cit.*, pp. 101-102.

89. Rés. AG 3281 (XXIX) dans (1975) 14 *Int'l Leg. Mat.* 251, p. 255.

90. I.L.A., Rapport sur le 52^e conférence, Helsinki, 1966, 484, p. 486. Voir aussi la Recommandation 51 du Document final de Stockholm, reproduite dans (1972) 11 *Int'l Leg. Mat.* 1416, pp. 1443-1444.

91. Ces facteurs sont énumérés au paragraphe 2 de l'article V; G. HANDL, *loc. cit.*, pp. 104-105.

ces critères sont applicables à n'importe quelle ressource naturelle commune. L'analyse des multiples facteurs énumérés à l'article V, tels la géographie du bassin, son climat, les besoins économiques et sociaux de chaque État riverain pour ne citer que ceux-ci, permet de déterminer ce qui constitue une «utilisation équitable» et partant, une utilisation licite d'une ressource naturelle partagée au niveau international dans une situation donnée. On en arrive à ce résultat à la suite d'une pondération des divers facteurs en cause, reflétant une image précise de la pratique appliquée⁹². Les paragraphes (1) et (3) de l'article V indiquent d'ailleurs que l'utilisation équitable est déterminée à la lumière de tous les facteurs pertinents qui interviennent dans chaque cas d'espèce, et que: «le poids à imputer à chaque facteur doit être déterminé en fonction de son importance par rapport à l'importance d'autres facteurs pertinents»⁹³.

Bien que toutes les décisions et règles citées jusqu'à maintenant afin d'explicitier le principe d'utilisation équitable ne concernaient que des problèmes ayant trait au domaine hydrique, nous croyons pour les raisons indiquées précédemment, que ce principe reçoit application dans le domaine atmosphérique⁹⁴. Il ne fait aucun doute quant à la reconnaissance de l'air ambiant en tant que ressource naturelle partagée entre les États⁹⁵, bien que ce constat ne justifie pas pour certains auteurs l'application du principe d'utilisation équitable à cet élément qu'est l'air⁹⁶.

La position de ces derniers s'appuie sur le fait que ce principe est basé sur une connaissance quantifiée et calculable de tous les facteurs nécessaires à l'établissement des utilisations possibles de la ressource. Le grand nombre de données incomplètes et de facteurs inconnus en ce qui concerne l'air comparativement à l'eau (déplacement et dispersion des polluants par exemple) empêcherait l'application de ce principe⁹⁷. Cette position est à notre avis mal fondée. Disposer d'un nombre moins grand

92. G. HANDL, *loc. cit.*, p. 104.

93. *Ibid.*

94. I.L.A. COMMITTEE, *op. cit. supra*, note 77, p. 22.

95. Voir A. SCOTT et C.B. BRAMSEN, «Projet de principes directeurs relatifs à la pollution transfrontière» dans *Problèmes de la pollution transfrontière*, Paris, O.C.D.E., 1974, pp. 311-325, p. 315; G. HANDL, *loc. cit.*, p. 99.

96. Position de E. KLEIN, *Umweltschitz im volkeerechtlichen Nachbarrecht. Schriften zum volkerrecht* Bond 50 Berlin, Duncker und Humblot, 1976, pp. 232-233.

97. KLEIN tempère son point de vue en soulignant que les tribunaux internationaux reconnaissent tous que les valeurs protégées par le droit international sont bien plus la santé, la propriété ou d'autres intérêts similaires que l'eau ou l'air en soi et que par conséquent, on doit davantage s'attacher aux effets des polluants qu'à leur structure proprement dite. *Id.*, p. 231.

de paramètres au niveau de la pollution de l'air (ce qui au demeurant devient de plus en plus discutable) ne fait que rendre plus difficile l'application de ce principe au domaine atmosphérique, mais ne l'exclut pas pour autant.

Le principe d'utilisation équitable s'applique au problème des pluies acides, en raison de la diminution de l'utilisation potentielle du milieu pollué, dont jouiraient normalement les États qui en sont victimes⁹⁸.

VI - L'OBLIGATION DE PRÉVENTION DES DOMMAGES ATTRIBUABLES À LA POLLUTION

L'objectif premier des sanctions en droit international et plus particulièrement dans le domaine de la responsabilité internationale des États en matière d'environnement, est d'inciter ces derniers à adopter des politiques et des mesures visant à prévenir tout dommage aux écosystèmes. Les actions préventives des institutions étatiques revêtent une importance primordiale dans le domaine de la pollution en général, en raison du fait que la négligence des États en ce domaine peut causer des pertes matérielles considérables, mais aussi des effets menaçant la survie de certains écosystèmes dont l'homme fait bien souvent partie. Ce type d'actions est d'autant plus important dans le domaine de la pollution atmosphérique où les risques d'affecter des êtres vivants sont aggravés par le transport de polluants sur de très grandes distances.

Le tribunal arbitral souligna dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* l'interdiction faite aux États d'utiliser leur territoire de manière à causer des dommages à d'autres États si leur préjudice est prouvé de façon claire et convaincante. Comme le préjudice ne peut être prouvé qu'après la survenance de la pollution, une obligation de prévention ne peut être tirée de ce principe⁹⁹. C'est dans la réponse à la question 2 dont nous avons discuté à la Partie III que le tribunal fait état de l'obligation de prévention:

«Aussi longtemps que les présentes conditions dans la vallée du fleuve Columbia prévaudront, la Fonderie de Trail devra faire en sorte que ses fumées ne causent aucun dommage sur le territoire de l'État de Washington»¹⁰⁰.

98. I. H. VAN LIER, *op. cit. supra*, note 2, p. 115.

99. I.L.A. COMMITTEE, *op. cit. supra*, note 77, p. 18.

100. Affaire de la *Fonderie de Trail*, précitée, note 43, p. 1966.

La C.I.J. déclara dans l'affaire du *Détroit de Corfou* que chaque État avait l'obligation de ne pas laisser utiliser son territoire en toute connaissance de cause pour commettre des actes contraires aux droits des autres États¹⁰¹. Afin d'appliquer cette règle, il nous faut donc identifier les droits que peuvent invoquer ces autres États. Ces droits ne sont pas définis précisément, mais nous pouvons tout de même affirmer qu'ils comprennent au moins celui de ne pas être atteint par des émanations polluantes dommageables originant du territoire d'un autre État, tel qu'il fut établi par l'affaire de la *Fonderie de Trail*. On peut donc conclure par syllogisme juridique que les États ont l'obligation de prévenir la survenance de dommages sérieux causés par la pollution transfrontière¹⁰².

Un grand nombre de traités internationaux font état de l'obligation de prévenir toute forme de pollution¹⁰³. Ces derniers embrassent des domaines aussi variés que la pollution des mers, des couches supérieures de l'atmosphère, des eaux de l'Antarctique et celle résultant d'activités nucléaires. Il existe néanmoins plusieurs conventions régionales obligeant les États à prévenir des dommages dus à la pollution de l'air; qu'il nous suffise de mentionner la *Convention Nordique* signée par les pays scandinaves le 19 février 1974 à Stockholm¹⁰⁴.

Le Principe 21 de la *Déclaration de Stockholm sur l'environnement* fait devoir aux États:

«de s'assurer que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres États ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale.»

La Déclaration de principes sur le contrôle de la pollution de l'air du comité des Ministres du Conseil de l'Europe contient elle aussi une disposition concernant la prévention des dommages environnementaux¹⁰⁵.

101. I.L.A. COMMITTEE, *op. cit.*, p. 19.

102. I. H. VAN LIER, *op. cit. supra*, note 2, pp. 115-116.

103. Pour des exemples à ce sujet, voir: J. SCHNEIDER, *op. cit. supra*, note 40, p. 148; A.C. KISS, *op. cit. supra*, note 2, pp. 56-80.

104. (1974) *Int'l Leg. Mat.* 591, article 3. (Voir le chapitre 5, section 3.)

105. Conseil de l'Europe, 8 mars 1968. Rés. (68) 4. La recommandation C(74)224 annexe 7, titre B(3) de l'O.C.D.E. dispose: «Les pays devraient s'efforcer de prévenir tous accroissements de la pollution transfrontière, y compris ceux dus à des substances et à des activités nouvelles ou additionnelles, de réduire et, autant que possible, d'éliminer dans des délais à déterminer, la pollution transfrontière existant, entre eux.» O.C.D.E., *op. cit. supra*, note 3, p. 14.

La pratique préventive des États européens démontre sans conteste l'existence d'une coutume régionale de ces États quant à cette obligation. Ainsi, les négociations entre les autorités helvétiques et celles du Liechtenstein concernant l'implantation à Senwald, en territoire suisse, d'une raffinerie de pétrole, amenèrent les autorités de ce pays à rendre obligatoire l'installation d'équipements anti-pollution réduisant notablement les risques de dommages causés par les émanations gazeuses sur le territoire du Liechtenstein¹⁰⁶. Le même esprit de collaboration anima les autorités françaises qui acceptèrent la formation d'une commission franco-allemande chargée d'en arriver à une entente entre les deux États sur les mesures à adopter afin de minimiser les risques de pollution atmosphérique transfrontière causés par la mise en opération d'une usine d'ammoniac en sol français. Les autorités allemandes demandèrent la création de cette commission appréhendant des dommages dans le sud de l'Allemagne près de Badenweiler, Bad Krozingen et Bad Bellingen¹⁰⁷.

Ces deux protagonistes négocièrent aussi des améliorations dans les conditions d'implantation et de fonctionnement d'un incinérateur de déchets près de la ville alsacienne de Hombourg, projet qui menaçait de créer une importante pollution de l'air dans le voisinage de la ville allemande de Bad Bellingen¹⁰⁸. Des négociations bilatérales entre les gouvernements de la province allemande de Bavière et l'État autrichien de Vorarlberg amenèrent l'abandon du projet de ce dernier d'ériger, dans la région frontrière de Zulzberg/Schneideg une usine de transformation de cadavres d'animaux qui aurait créé des odeurs fétides en Bavière¹⁰⁹.

Les États européens ont, par la *Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance*, entendu prévenir, réduire graduellement et autant que possible éliminer la pollution atmosphérique, y compris la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance¹¹⁰. Il ne fait aucun doute qu'une pratique internationale de prévention des dommages causés par la pollution atmosphérique transfrontière s'est récemment développée au niveau régional européen et tend à s'internationaliser par le biais de recommandations comme celles de la

106. I.L.A. COMMITTEE, *op. cit. supra*, note 77, p. 19.

107. *Id.*, pp. 19-20.

108. *Id.*, p. 20.

109. *Ibid.*

110. Art. 2. Un objectif similaire est énoncé dans le programme d'action des Communautés Européennes sur l'Environnement. I. H. VAN LIER, *op. cit. supra*, note 2, p. 118, note 106.

Déclaration de Stockholm ou de l'O.C.D.E. Cette pratique préventive vise à prévenir les dommages aux territoires d'autres États et aussi ceux à la propriété des personnes y résidant.

A - Le devoir général de coopérer

Nous avons jusqu'à maintenant établi que les États ont le devoir d'éviter une pollution atmosphérique transfrontière provoquant des dommages graves dans l'État exposé. Ce principe offre aux États l'occasion de faire valoir à l'appui de leurs prétentions, certaines limitations juridiques internationales. Le principe juridique fondamental à la base de ces limitations est celui de la souveraineté des États, souveraineté qui dans ce cas présente deux aspects dont il faut tenir compte¹¹¹. Du côté de l'État dans lequel est ou doit être située l'installation (l'État d'où origine la pollution ou le risque), ce qui est en jeu c'est son droit souverain de faire tout ce qui lui plaît sur son propre territoire. Du côté de l'État exposé à cette pollution ou à ce risque, ce droit souverain est celui d'agir sans qu'il y ait de pressions de la part d'autres États. Ces deux droits sont incompatibles et s'excluent mutuellement lorsqu'ils sont appliqués rigoureusement¹¹². Il faut donc tenter de les réconcilier en vertu des principes de bon voisinage et de partage équitable dans l'utilisation des ressources communes.

Lorsque l'on tente de régler un litige frontalier à l'aide de ces prémisses, on se heurte à la difficulté d'appliquer les données fondamentales auxquelles nous venons de référer, en raison de leur caractère général, aux différends concrets en matière de pollution transfrontière. Il est en effet difficile, de déterminer le seuil de «gravité» à ne pas être dépassé par l'État d'où origine la pollution à partir de la règle énoncée dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, à l'effet qu'il est illégal pour un État de provoquer une pollution transfrontière entraînant des dommages graves dans un autre État¹¹³. La détermination d'une ligne de

111. G. HANDL, *loc. cit. supra*, note 79, pp. 97-121; *Avis juridique du Département politique fédéral suisse*, daté du 3 mai (1953) 14 *Annuaire suisse de droit international*, 1957, 158 et suivantes.

112. Voir principe 21 de la *Déclaration de Stockholm sur l'environnement* M. BOTHE, «Problèmes juridiques internationaux que pose l'implantation d'industries dans les régions frontières et politiques nationales en matière d'environnement.» dans l'O.C.D.E., *La pollution transfrontière et le rôle des États*, Paris, O.C.D.E., 1981, 80-96, p. 81.

113. P.M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, Paris, A. Pedone, 1976, p. 186. Selon M. BOTHE, «Ce devoir recouvre également celui de ne pas s'engager dans des activités qui risquent de

partage entre les droits souverains des deux États n'est donc pas facile à faire¹¹⁴.

Le dommage effectif ou potentiel encouru par l'État exposé, lorsqu'il y a dépassement du seuil de «gravité», dépend d'un certain nombre de conditions: 1) le lieu où se situe la source de pollution, en particulier son éloignement par rapport à la frontière¹¹⁵, 2) la quantité de substances nocives franchissant la frontière et 3) la sensibilité de l'objectif.

Il existe des circonstances où les règles de fond sont inefficaces afin de déterminer soit le seuil de pollution ou de risque autorisé, soit les moyens qui doivent être pris afin d'empêcher une pollution non autorisée¹¹⁶. La problématique causée par l'implantation d'une usine constitue l'une des circonstances où un accord fondé sur des négociations permet d'éviter un litige. La Conférence des Nations-Unies sur le droit de la mer a utilisé en de nombreuses occasions cette solution qui consiste à recourir à des règles de procédure et notamment celle du devoir de coopération au lieu des règles de fond, afin que les parties puissent concilier leurs intérêts¹¹⁷.

Le devoir général de coopérer, contrainte procédurale de laquelle découle les devoirs d'information, de consultation et de négociation,

provoquer une pollution supérieure au seuil de gravité. En d'autres termes, la règle énoncée dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* doit être étendue à la création du risque. Ainsi, il est également illicite, aux termes du droit international, de créer des risques transfrontières majeurs.» *loc. cit.*, p. 81. Voir aussi à ce sujet: G. HANDL, *International Legal Perspectives on the Conduct of Abnormally Dangerous Activities in Frontier Areas: The Case of Nuclear Power Plant Siting*, (1978) 7 *Ecology Law Quarterly* 1-50.

114. Pour une étude intéressante du critère de «gravité», voir: M. BOTHE, *loc. cit.*, pp. 82-85.

115. Le fait que ce ne soit pas là l'unique facteur trouve son illustration dans le phénomène de la pollution à longue distance: voir le Convention Européenne sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, 13 novembre 1979, dans *Documents*, (1981) *Revue juridique de l'environnement* 64; aussi dans (1979) 18 *Int'l Leg. Mat.* 1442.

116. Voir à ce sujet M. BOTHE, *loc. cit. supra*, note 112, p. 85.

117. On peut citer à cet égard la délimitation par accord de la zone économique exclusive entre États limitrophes ou qui se font face. Article 74 du T.N.C.O. révisé; M. BOTHE, *ibid.* Le nombre peu élevé de décisions concernant les questions d'implantation industrielle dans les régions frontalières, s'explique par l'insuffisance des règles de droit pour résoudre ces questions. La situation est identique dans les États fédéraux où, contrairement à la situation prévalant entre États souverains, il existe des tribunaux ayant compétence obligatoire en la matière.

s'appuie à la fois sur le principe de bon voisinage¹¹⁸ et sur celui d'utilisation équitable d'une ressource naturelle partagée au niveau international¹¹⁹. Pour ce motif, il constitue pour de nombreux auteurs une coutume internationale bien établie¹²⁰. Ce devoir figure aussi dans de nombreux traités portant sur les questions de pollution transfrontière et sur l'usage des ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs États¹²¹.

La C.I.J. appelée à se prononcer dans des affaires où se posait le problème de la répartition des compétences pour l'utilisation des ressources naturelles, notamment celle du *Plateau continental de la mer du Nord*, devait déclarer:

«Les parties sont tenues d'engager une négociation en vue de réaliser un accord, et non pas seulement de procéder à une négociation formelle comme une sorte de condition préalable à l'application automatique d'une certaine méthode de délimitation faute d'accord»¹²².

Dans l'affaire des *Compétences en matière de Pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, la C.I.J. développa ce principe au regard des usages concurrents d'une ressource naturelle¹²³.

Dans l'affaire du *Lac Lanoux*, déjà évoquée antérieurement, le tribunal établissait d'une manière très pertinente le rapport entre l'interdépendance objective en matière d'environnement et les obligations procédurales des États qui apparaissent dans le contexte d'une utilisation envisagée. Partant du principe que par nécessité les États doivent faire des concessions mutuelles afin de concilier des intérêts divergents mis en jeu par l'utilisation d'une ressource commune, le tribunal soulignait que:

«La seule voie pour aboutir à ces compromis d'intérêt est la conclusion d'accords, sur une base de plus en plus compréhensive.

118. M. BOTHE, *loc. cit. supra*, p. 86.

119. G. HANDL, *loc. cit. supra*, note 79 p. 111.

120. M. BOTHE, *loc. cit.*, p. 86.

121. Voir notamment la *Convention de Barcelone sur la mer Méditerranée*, les traités et les accords concernant le Lac de Constance, le Lac de Genève, le Lac Tchad et les Grands Lacs, ainsi que l'accord de règlement germano-néerlandais. M. BOTHE, *loc. cit.*, p. 86, note 35.

122. C.I.J. *Recueil* 1969, p. 47.

123. C.I.J. *Recueil* 1974, p. 31.

La pratique internationale reflète la conviction que les États doivent tendre à conclure de tels accords; il y aurait ainsi une obligation d'accepter de bonne foi tous les entretiens et tous les contacts qui doivent par une large confrontation d'intérêts et par une bonne volonté réciproque, les mettre dans les meilleures conditions possibles pour conclure des accords¹²⁴».

La conclusion d'accords comportant des concessions mutuelles apparaît donc comme l'ultime méthode permettant de concilier des revendications concurrentes sur l'utilisation légitime d'une ressource naturelle partagée¹²⁵. La poursuite de ce but implique un certain nombre de démarches nécessaires à la prévention de différends internationaux en matière d'environnement, que les États intéressés sont invités à effectuer de bonne foi:

- 1) échange d'informations concernant l'utilisation envisagée, au cours duquel l'État agissant a le devoir, à la fois de fournir des renseignements aux États éventuellement affectés et d'accepter de prendre en considération les informations pertinentes reçues de ces derniers;
- 2) discussions avec ces États intéressés au sujet de l'utilisation prévue, dans un souci de concilier des intérêts éventuellement contradictoires¹²⁶.

C'est à l'analyse de ces démarches que nous consacrerons maintenant quelques réflexions afin de bien cerner leurs contenus.

B - Le devoir d'information

Préalablement à toute consultation et négociation entre États sur des questions de pollution et afin que le devoir général de coopérer ait un sens, il est nécessaire que l'État exposé à la pollution soit prévenu en

124. Affaire du *Lac Lanoux*, précitée, note 83, p. 308.

125. Voir au même effet la décision de la Cour Suprême des États-Unis dans l'affaire *New York c. New Jersey*, 256 U.S. 296.

126. G. HANDL, *loc. cit. supra*, note 79, p. 112. Cet auteur nous dit que le principe d'utilisation équitable est à l'origine de ces démarches, qui constituent en quelque sorte une «obligation de procéder à une évaluation d'impact sur l'environnement.»

temps utile des projets en cours dans l'État voisin, susceptibles d'affecter son propre environnement.

La pratique internationale des États nous montre que ceux-ci coopèrent généralement par la communication des données sur des événements se produisant dans le bassin hydrographique de cours d'eau internationaux et qui sont susceptibles de provoquer des inondations sur le territoire d'autres États¹²⁷.

De nombreux traités bilatéraux et multilatéraux imposent aux États signataires l'obligation d'informer les États susceptibles d'être affectés par des atteintes à leur environnement. Ainsi en est-il de la *Convention de Londres de 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion des déchets*¹²⁸ et aussi de la *Convention de Londres du 2 novembre 1973 pour la prévention de la pollution par les navires*¹²⁹.

La récente pratique des États européens nous démontre que ceux-ci n'hésitent pas à divulguer aux États potentiellement affectés, toute l'information dont ils disposent quant à des risques de pollution hors de leur territoire. Ainsi, le Gouvernement helvétique décida de ne mettre en opération la raffinerie de pétrole de Senwald qu'après avoir effectué des expériences concluantes quant à la pureté des émanations gazeuses et qu'à la suite de la communication des résultats de ces dernières au Gouvernement du Liechtenstein¹³⁰. Le Gouvernement français répondit avec le même empressement que son voisin suisse, aux appréhensions allemandes quant à la construction d'une usine chimique afin de transformer la potasse d'Alsace près de la frontière allemande à proximité d'Ottomarsheim. Les autorités françaises concernées firent parvenir au Gouvernement de Bonn les plans détaillés du projet, certaines données sur le procédé envisagé en plus d'une foule d'autres documents

127. Voir, A.C. KISS, *op. cit. supra*, note 2, pp. 30-31. Bien que cette pratique d'information existe dans ce domaine, il faut tout de même souligner qu'il s'agit dans ce cas de situations où bien souvent ce sont des éléments naturels et non nécessairement des activités de l'homme qui sont la cause de ces inondations. Les précipitations acides étant le résultat d'activités humaines on doit s'interroger sur l'obligation d'information dans ce cas particulier; I. H. VAN LIER, *op. cit. supra*, note 2, p. 120.

128. (1972) 11 *Int'l Leg. Mat.* 1294. Art. VI par. 3. La nature et la quantité de déchets ainsi que la date, l'endroit et la méthode d'immersion doivent être communiqués aux États affectés ainsi qu'à l'O.M.C.I. (Organisation Maritime Consultative Intergouvernementale).

129. (1972) 11 *Int'l Leg. Mat.* 276.

130. I.L.A. COMMITTEE, *op. cit. supra*, note 77, p. 24.

pertinents¹³¹. Aussi, à l'été 1974, le Gouvernement luxembourgeois informa le Gouvernement de la Saare de son projet de construction d'une centrale nucléaire sur la rive luxembourgeoise de la Moselle¹³².

Cette pratique semble aussi s'accompagner d'une *opinio juris* correspondante. On peut donc affirmer qu'une règle coutumière de droit international s'est imposée, du moins au niveau régional européen, en ce qui concerne l'information par un État au sujet des risques engendrés par une augmentation des quantités de polluants reçus par un État potentiellement victime de ceux-ci ou par la création d'une nouvelle source de pollution susceptible de toucher l'État voisin¹³³.

Plusieurs textes de «Soft Law» contiennent une disposition concernant le devoir d'information, souvent juxtaposé au devoir de négociation. La *Déclaration de Stockholm sur l'Environnement* ne contient cependant aucune disposition concernant l'information et la consultation préalables. L'Assemblée Générale des Nations-Unies cependant, devait adopter la résolution 2995 (XXVII), dont les dispositions sur l'information et la consultation préalables sont rédigées en ces termes:

«La coopération entre les États [...] sera réalisée de façon adéquate s'il est donné connaissance officielle et publique des données techniques relatives aux travaux que doivent entreprendre les États, dans les limites de leur juridiction nationale, afin d'éviter qu'un préjudice sensible puisse être causé à l'environnement de la zone voisine»¹³⁴.

Handl nous indique que cette résolution était considérablement renforcée par la résolution 3129 (XXVIII) de l'Assemblée Générale, qui stipule que:

«la coopération entre les pays se partageant de telles ressources naturelles et intéressés à leur exploitation doit être développée sur la base d'un système d'information et de consultations préalables, dans le cas des relations normales qui existent entre eux»¹³⁵.

131. *Ibid.*

132. I. H. VAN LIER, *op. cit. supra*, note 2, p. 119.

133. I.L.A. COMMITTEE, *op. cit.*, 24.

134. G. HANDL, *loc. cit. supra*, note 79, p. 113.

135. *Id.*, p. 114.

La *Convention Européenne sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance* aborde aussi, aux articles 3, 4, 8 et 9, les devoirs d'information et de consultation préalables. Il faut toutefois préciser que, contrairement au devoir d'information tel qu'entendu jusqu'à maintenant, cette convention n'entend viser que l'échange d'informations scientifiques dans le but de réduire les rejets de polluants dans l'atmosphère et non l'information concernant l'installation d'un établissement industriel polluant pouvant causer des dommages à l'environnement de pays voisins. En d'autres termes, comme le souligne l'O.C.D.E.:

«le principe de l'échange d'informations peut être conçu dans un cadre général, relatif à la communication internationale de données scientifiques et techniques utilisables pour la gestion de l'environnement; mais on peut également le concevoir dans une optique plus spécifique, qui concerne la transmission aux États affectés des données relatives à tout projet d'action ou d'implantation susceptible d'avoir une incidence sur l'environnement transfrontalier»¹³⁶.

L'échange d'informations techniques et scientifiques est prévu expressément dans certains traités, comme par exemple à l'article 10 de la *Convention de Paris sur la prévention de la pollution marine d'origine tellurique*¹³⁷. Il a en outre été conseillé aux États par la Recommandation d'action 102 adoptée à Stockholm, et par le Titre G de la recommandation de l'O.C.D.E., que:

«Les pays concernés devraient se transmettre toutes les informations et données scientifiques appropriées relatives à la pollution transfrontière...»¹³⁸

L'obligation d'information au sens large figure aussi dans plusieurs propositions et déclarations de principes élaborées à l'occasion de conférences juridiques internationales. L'article 5 de la résolution de Salzbourg de l'Institut de Droit international par exemple, prévoit que «les travaux ou utilisations dont il est fait mention à l'article précédent ne devraient pas être entrepris sauf notification préalable des États

136. O.C.D.E., *op. cit. supra*, note 3, p. 427. Voir le principe 20 de la *Déclaration de Stockholm* où figure le devoir d'information conçu dans le cadre général relatif à la communication internationale de données scientifiques et techniques utilisables pour la gestion de l'environnement.

137. *Id.*, pp. 427-428.

138. *Id.*, p. 428.

intéressés»¹³⁹. La disposition correspondante des règles d'Helsinki, à savoir l'article XXIX, n'est cependant formulée que sous forme de recommandation. L'O.C.D.E. a aussi adopté le point de vue que les États devraient, dès le début, fournir des informations aux autres pays (et entrer en consultation avec eux) dans les cas susceptibles de donner lieu à une pollution transfrontière¹⁴⁰.

Bien qu'il n'y ait pas d'obligation ferme en droit international à l'effet qu'un État doive en informer un autre en cas de pollution originant de son territoire, cette obligation existe lorsque les polluants sont susceptibles de causer des dommages dits «sérieux» et ce, conformément aux principes de diligence due et de bon voisinage entre États¹⁴¹. La plupart des auteurs affirment qu'en de telles circonstances, ce devoir est devenu une règle de droit international coutumier¹⁴². Bien que ce devoir origine d'une pratique des États européens, l'adhésion d'un grand nombre de pays autres qu'européens à des recommandations d'organismes internationaux comme l'O.C.D.E. faisant état d'une telle obligation d'information, démontre une nette tendance dans la pratique générale des États, en faveur de la reconnaissance d'une obligation que l'on peut désormais considérer comme coutumière.

La difficulté principale dans l'application de cette obligation est liée à la détermination des seuils de pollution au-delà desquels il y a des effets suffisamment graves pour obliger un État pollueur à en informer d'autres. Cette difficulté est notoire en ce qui concerne les pluies acides puisque cette forme de pollution a des effets insidieux, graduels et cumulatifs. La formulation de cette règle semble impliquer qu'il n'y a pas d'obligation pour les États pollueurs d'en informer d'autres dans le cas d'émissions mineures¹⁴³.

139. G. HANDL, *loc. cit.*, p. 117.

140. Recommandations du conseil: C (74) 224, Titre E, art. 6; C (76) 55 (Final); C (77) 28 (Final), Titre C; voir O.C.D.E., *op. cit. supra*, note 3, aux pages 16, 19 et 33.

141. I. H. VAN LIER, *op. cit. supra*, note 2, p. 121.

142. A.C. KISS, *op. cit. supra*, note 2, p. 31; G. HANDL, *loc. cit. supra*, note 79, p. 115; M. BOTHE, *loc. cit. supra*, note 112, p. 87; I. H. VAN LIER, *op. cit. supra*, p. 121.

143. I. H. VAN LIER, *op. cit. supra*, p. 121.

C - Les devoirs de consultation et de négociation

Autre aspect de la coopération devant s'établir entre les États concernant tout projet d'implantation d'une source polluante susceptible d'avoir des effets néfastes sur l'environnement d'un autre État, les devoirs de consultation et de négociation constituent généralement la dernière étape menant à un accord¹⁴⁴.

La dégradation d'un problème frontalier entre États peut conduire à un différend international qui peut, à son tour, mettre en danger la paix et la sécurité internationale. Un devoir de négociation est alors imposé à ces derniers par l'article 33 de la *Charte des Nations-Unies* en vue d'en arriver à une solution du litige¹⁴⁵. Bien que cet état de gravité soit rarement atteint dans le domaine de la pollution transfrontière, nous examinerons ci-dessous s'il existe un tel devoir dans l'hypothèse où des activités s'exerçant sur le territoire d'un État auraient pour conséquence une augmentation de la quantité de polluants sur le territoire des États voisins.

Conformément au principe émis par la C.I.J. dans les affaires du *Plateau continental de la Mer du Nord*¹⁴⁶ et des *Pêcheries d'Islande*¹⁴⁷, les consultations que les parties doivent mener et les négociations qu'elles doivent éventuellement engager ne doivent pas consister en de simples échanges de points de vue, mais les parties doivent prendre des mesures

144. «Bien que la ligne de séparation entre l'échange d'informations et l'entrée en consultations soit nécessairement assez floue, nous faisons une distinction en ce sens que le principe d'information préalable ne se concrétise que par la circulation, dans les deux sens, d'informations et de données relatives à la ressource partagée. En revanche, le "devoir de consultation" indique la nécessité de constituer une plate-forme pour des débats effectifs sur les mérites de l'activité projetée, considérée dans son ensemble», G. HANDL, *loc. cit. supra*, note 79, p. 113.

145. M. LEBEL, J. WOEHLING, F. RIGALDIES, *Droit International Public*, t. 2, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1978, p. 750. La Cour Internationale de Justice souligna d'ailleurs dans l'affaire des *Pêcheries d'Islande*, que la façon la plus adéquate de négocier la solution d'un différend, consiste à rechercher une entente en ayant à l'esprit les droits et intérêts futurs des deux parties au litige.

146. Précitée, note 122, p. 47.

147. Précitée, note 123, p. 31.

sérieuses dans le but d'en arriver à un accord¹⁴⁸. Ce devoir d'engager de réelles négociations a donc certaines implications.

Les États doivent faire preuve d'une certaine souplesse et le fait pour l'une des parties de demeurer intransigeante serait contraire à ses devoirs. Tel que souligné dans l'affaire du *Lac Lanoux*, chaque État doit tenir compte des intérêts des autres parties¹⁴⁹. Pour que les négociations «aient un sens», il est en fait nécessaire que l'État pollueur étudie au moins sérieusement les intérêts de l'État exposé à la pollution. Il appartient, jusqu'à un certain point, à l'État exposé de définir les intérêts qu'il défend et que l'autre Partie peut être amenée à considérer:

«Les intérêts de l'État exposé sont exprimés dans la législation concernant la pollution ou la création d'un risque. Ainsi, l'État exposé a le droit de voir l'État d'origine prendre en considération dans son processus de décision, les normes de l'État exposé. Si les règles pertinentes applicables dans l'État exposé sont plus rigoureuses que les règles applicables en droit international, l'État d'origine n'est pas rigoureusement tenu de s'y conformer. Mais il est à tout le moins tenu de prendre ces règles en considération, d'en tenir dûment compte lorsqu'il prend sa décision»¹⁵⁰.

Un exemple de ceci nous est donné par la pratique régionale en usage entre la France et la République fédérale d'Allemagne. Le gouvernement allemand avait manifesté des craintes quant aux effets nocifs des émanations de plomb provenant d'une usine projetée en territoire français près de la frontière allemande. Le gouvernement français l'avait alors assuré de la prise en considération des normes allemandes sur la qualité de l'air¹⁵¹. Dans le domaine de l'aménagement du territoire, le devoir de tenir compte des orientations d'aménagement adoptées par les pays voisins (et lorsqu'il s'agit d'États fédéraux, par les

148. L'O.C.D.E. prend cependant soin de bien préciser que, conformément à la pratique et à la jurisprudence (Affaire du *Lac Lanoux*), lorsqu'un texte fait mention de l'obligation de consultation, cette dernière n'est jamais conçue comme une obligation d'aboutir à une solution négociée. «Elle signifie seulement l'interdiction pour un État d'entreprendre unilatéralement une action sans en avoir fait part à l'État susceptible d'en être affecté, afin de recueillir son avis et ses suggestions et de tenter de concilier leurs intérêts réciproques.». Remarques sur la notion de devoir international des États en matière de protection de l'environnement. (Note du secrétariat) O.C.D.E., *op. cit. supra*, note 3, p. 429, note 2.

149. Affaire du *Lac Lanoux*, précitée, note 83, p. 316; C.I.J. *Recueil* 1969, p. 224 et s.

150. M. BOTHE, *loc. cit. supra*, note 112, pp. 87-88.

151. Umwelt, no 74 (1^{er} février 1980), p. 40; International Environment Report vol. 3, no. 9 (10 septembre 1980).

autres États membres de la fédération) est devenu une caractéristique souvent présente dans la législation relative à l'aménagement du territoire en Autriche, en Suisse et en République fédérale d'Allemagne; ce qui confirme la règle juridique internationale que l'on vient de décrire¹⁵².

La résolution 3129 (XXVIII) de l'Assemblée générale des Nations-Unies¹⁵³ ainsi que l'article 3 de la *Charte des droits et obligations économique des États*¹⁵⁴ contiennent, en plus du devoir d'information, ceux de négociation et consultation préalables. De nombreux traités font aussi état de ces devoirs¹⁵⁵.

La *Déclaration de Stockholm*¹⁵⁶ énonce à son article 24 le principe que les États devraient aborder les questions internationales en matière d'environnement dans un esprit de coopération sur un pied d'égalité. On doit cependant regretter que cette Déclaration n'ait aucune disposition quant à l'obligation pour les États de négocier ou de consulter préalablement leurs voisins lorsqu'ils envisagent l'implantation d'usines susceptibles de les polluer¹⁵⁷. Plusieurs directives et recommandations adoptées au sein de la Communauté Économique Européenne ou du Conseil de l'Europe font pourtant état de ces devoirs¹⁵⁸.

La *Convention Européenne sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance* dispose que les États doivent élaborer, au moyen d'échange d'informations et de consultations, des politiques et stratégies destinées à combattre la pollution atmosphérique¹⁵⁹. L'article 5 dispose plus précisément que:

-
- 152. Puisque dans notre esprit, l'installation d'un établissement industriel source de pollution à proximité d'une frontière internationale est au fond un problème d'aménagement du territoire. M. BOTHE, *loc. cit.*, p. 88.
 - 153. G. HANDL, *op. cit. supra*, note 79, p. 114.
 - 154. *Ibid.*
 - 155. O.C.D.E., *op. cit. supra*, note 3, p. 429, note 1.
 - 156. *Déclaration de Stockholm*, *op. cit. supra*, note 23.
 - 157. Ceci s'explique pour les mêmes raisons que celles évoquées précédemment en ce qui concernait le devoir d'information. Voir J. SCHNEIDER, *op. cit. supra*, note 40, pp. 108-110.
 - 158. Par exemple: The E.E.C. Program of Action *O.J.E.C.* 16, no C112, (December 20, 1973) and the Council of Europe Declaration of Principles on Air Pollution Control, Rec. C(168) 4, March 8, 1968; I. H. VAN LIER, *op. cit. supra*, note 2, p. 123, note 132. Voir aussi l'article 11 de la Convention Nordique du 19 février 1974; *id.*, p. 123, note 131.
 - 159. Article 3 de cette Convention, *loc. cit. supra*, note 115, p. 1443.

«Des consultations seront tenues à brève échéance, sur demande entre, d'une part, la ou les Parties contractantes effectivement affectées par la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance ou qui sont exposées à un risque significatif d'une telle pollution et, d'autre part la ou les Parties contractantes sur le territoire et dans la juridiction desquelles un apport substantiel à la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance est créé ou pourrait être créé du fait d'activités qui y sont menées ou envisagées.»

Dans ses recommandations sur les principes concernant la pollution transfrontière, le Conseil de l'O.C.D.E. enjoint aux États de négocier entre eux l'implantation d'une nouvelle source polluante à proximité d'une frontière internationale:

«Les pays devraient, à la requête du pays qui est ou pourrait être directement affecté, entrer en consultations sur un problème de pollution transfrontière existant ou prévisible et devraient poursuivre avec diligence dans un délai raisonnable de telles consultations sur ce problème particulier»¹⁶⁰.

L'organisme recommande de plus qu'un «délai raisonnable», suite à l'information des pays qui sont ou qui pourraient être affectés par des activités susceptibles de créer un risque de pollution transfrontière, soit accordé afin qu'il y ait des consultations diligentes. Ces consultations ne devront pas habiliter un pays quelconque à retarder, de manière déraisonnable, ou à entraver les activités sur lesquelles portent ces consultations¹⁶¹.

Les devoirs de consultation et de négociation préalables ont, à notre avis, une valeur juridique certaine en droit international coutumier, bien qu'il soit souvent fait mention que ces principes ne sont que de simples propositions et déclarations de principes adoptées à l'occasion de conférences internationales ou par des organisations internationales non gouvernementales telle l'Association de droit international. En effet, ces documents font souvent autorité en matière de droit, étant donné le caractère particulier du processus d'adoption d'instruments juridiques à l'échelle internationale et le fait qu'il reflètent la formation d'un consensus international sur ces questions¹⁶².

160. O.C.D.E., *op. cit. supra*, note 3, p. 16 Recommandation C (74) 224, Titre E, art. 7.

161. *Id.*, art. 8. Voir aussi la résolution 2995 adoptée par l'Assemblée générale des Nations-Unies, G. HANDL, *loc. cit. supra*, note 79, p. 113.

162. G. HANDL, *loc. cit.*, p. 114.

Il va de soi qu'en ce qui concerne les pluies acides, les devoirs de négociation et de consultation doivent s'appliquer à des États dont les territoires ne sont pas contigus en raison du caractère «continental» de cette forme de pollution, car comme le souligne l'O.C.D.E.:

«Dans la mesure où un pays, même éloigné, est susceptible d'être concerné par une activité préjudiciable à son environnement, il paraît raisonnable d'admettre qu'il doive recevoir notification de l'activité prévue, accompagnée des informations nécessaires et qu'il puisse éventuellement demander à entrer en consultation avec le pays dont émane la notification»¹⁶³.

Selon Van Lier, bien qu'il y ait une pratique des États de se consulter et de négocier en matière de pollution transfrontière, ceci n'implique pas qu'ils aient l'obligation de le faire. Elle tempère toutefois cette affirmation, soulignant d'une part que cette obligation existe au niveau régional européen par le biais des Conventions Nordique et Européenne (cette dernière traitant du transport de polluants sur de grandes distances) et d'autre part que les recommandations de divers organismes sont des préludes à la reconnaissance d'une obligation ferme de négocier¹⁶⁴.

Nous ne partageons pas l'opinion de Van Lier car elle confond règle procédurale et règle de fond. L'obligation de négocier n'est qu'une règle procédurale nécessaire à l'application du principe d'utilisation équitable des ressources naturelles partagées. Dès lors que les États sont fondamentalement obligés de concilier leurs intérêts dans l'utilisation d'une ressource naturelle partagée au niveau international, l'évaluation de l'impact probable ou possible sur l'environnement est la condition préalable qui doit être remplie pour permettre cette conciliation d'intérêts souvent divergents. Les obligations de négocier et de se consulter apparaissent alors comme des corollaires procéduraux essentiels des restrictions substantielles qui s'appliquent à l'action unilatérale d'un État, lorsqu'il s'agit de l'utilisation interdépendante d'une ressource naturelle¹⁶⁵.

En conclusion, il ne semble guère faire de doute pour nous qu'il existe une obligation légale d'information et de consultation préalables

163. O.C.D.E., *op. cit. supra*, note 3, p. 429.

164. I. H. VAN LIER, *op. cit. supra*, note 2, p. 124.

165. G. HANDL, *loc. cit.*, p. 115.

qui, en dernière analyse, se dégage du concept d'utilisation équitable des ressources naturelles partagées entre États¹⁶⁶.

CONCLUSION

Il serait utopique d'entendre régler à très court terme le problème des pluies acides. Bien que la technologie disponible à l'heure actuelle permettrait sans trop de difficultés d'en arriver à cet objectif, les obstacles ont bien plus trait à des questions économiques auxquelles les États doivent faire face qu'à toutes autres. Les équipements anti-pollution sont coûteux et leur installation requerrait des investissements majeurs.

Il est bien clair que la solution au problème des pluies acides passe par une volonté ferme de nos dirigeants politiques d'endiguer cette forme de pollution. Il faudrait cependant éviter de croire qu'il s'agit d'un problème simplement politique; il est, et nous insistons sur ce point, en grande partie économique.

Nos dirigeants sont pour la plupart conscients des conséquences graves des pluies acides, mais réticents à imposer des mesures législatives fermes aux entreprises. Les lois nationales sont donc timides en ce domaine et généralement plus favorables aux pollueurs qu'aux pollués. Les traités internationaux et les principes de droit international applicables aux pluies acides sont aussi fort peu contraignants pour les États pollueurs.

L'attitude négligente de nos dirigeants politiques face à ce problème s'explique en grande partie par le fait que les polluants précurseurs de pluies acides, les composés de soufre et d'azote, sont émis par des industries vitales de nos sociétés modernes. Ces derniers craignent qu'une réglementation trop sévère ne crée une instabilité économique dans leur pays, instabilité consécutive aux distorsions économiques qui résulteraient de politiques environnementales plus ou moins coercitives d'un pays émetteur à l'autre.

Une coopération internationale est donc nécessaire afin d'en arriver à une harmonisation des législations environnementales. Le principe est le suivant: si tous les pays suivent les mêmes règles économiques dans le cadre d'une politique globale de la pollution

166. *Ibid.*

transfrontière, les effets des pluies acides peuvent être diminués significativement à moyen terme.

Il appartiendra, dans les années à venir, à des organismes administratifs internationaux, de préciser le contenu des obligations internationales existantes en matière de pollution transfrontière, en tenant compte des considérations économiques avec lesquelles les États doivent composer dans l'élaboration de leurs politiques environnementales.

Une tradition de coopération existe d'ailleurs déjà au sein de divers organismes internationaux dans le domaine général de l'environnement et plus particulièrement en ce qui concerne le transport de polluants sur de grandes distances. À un niveau global, le Programme des Nations-Unies pour l'Environnement s'efforce de coordonner les activités d'autres organismes internationaux et de promouvoir une conscience internationale quant à l'utilisation des ressources naturelles menacées que sont l'eau et l'air.

Cette coopération interétatique est nécessaire afin d'adopter une stratégie intégrée de gestion d'un problème de pollution qui requiert une coordination et une harmonisation des efforts. Elle doit cependant permettre l'éclosion de stratégies propres aux régions confrontées avec des problèmes de pollution. Des solutions adaptées aux réalités régionales sont en effet préférables à des mécanismes imposés de l'extérieur.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA CHARTE CONSTITUTIONNELLE DE 1982 ET LA DÉMOCRATIE
ÉLECTORALE CANADIENNE

Auteur(s) : Patrice GARANT

Revue : RDUS, 1990-1991, volume 21, numéro 2

Pages : 429-469

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13443>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13443>

Page vide laissée intentionnellement.

LA CHARTE CONSTITUTIONNELLE DE 1982 ET LA DÉMOCRATIE ÉLECTORALE CANADIENNE

par Patrice GARANT*

La Charte de 1982 constitutionnalise le droit de suffrage, le droit de candidature aux élections législatives, le droit à la liberté d'expression politique et le droit à l'égalité. Plusieurs dispositions de nos lois électorales ont jusqu'ici fait l'objet de contestations dont certaines ont porté sur des questions faciles, tels les titulaires du droit de vote, les conditions d'exercice du suffrage; d'autres questions sont plus complexes, tels les limites au droit de candidature, les congés électoraux et surtout le plafonnement et le contrôle des dépenses électorales, le financement des candidats et partis.

The Charter has up to now raised a few important challenges to our electoral laws. The voting rights question has been settled easily enough, as much as the question of residence requirements, registration, proxy and special voting; the question of redistribution criteria and redistribution process is surely more complex. Other sections have been challenged, namely the limitations of political freedom of public servants and the general access to political leaves without pay for candidates. But the most important unresolved question is the regulation of electoral expenses and other controls on political contributions and party financing.

*. Professeur de droit constitutionnel, Faculté de droit, Université Laval à Québec; ce texte résulte d'une communication à la Table ronde internationale sur le droit de suffrage, Aix-en-Provence, 12 juillet 1989.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	433
1. LES TITULAIRES DU DROIT DE VOTE	434
1.1 LES PRISONNIERS	435
1.2 LES HANDICAPÉS MENTAUX	442
1.3 LES JUGES	443
2. LES CONDITIONS D'EXERCICE DU SUFFRAGE	444
2.1 L'EXIGENCE DE RÉSIDENCE	444
2.2 L'INSCRIPTION SUR LA LISTE ÉLECTORALE	446
2.3 LE VOTE DES ABSENTS	448
2.4 LA PERTE DU DROIT DE VOTE À TITRE DE SANCTION PÉNALE	450
3. LE DROIT D'ÉLIGIBILITÉ ET DE CANDIDATURE	452
3.1 LE DROIT D'ÉLIGIBILITÉ EN GÉNÉRAL	452
3.1.1 LES PARLEMENTAIRES ET LES JUGES.	453
3.1.2 LES FONCTIONNAIRES ET AUTRES AGENTS PUBLICS RELEVANT DU GOUVERNEMENT DU CANADA.	453
3.1.3 LES FONCTIONNAIRES ORDINAIRES	454
3.1.4 LES AUTRES AGENTS PUBLICS FÉDÉ- RAUX	454
3.1.5 LES SHÉRIFS, GREFFIERS DE LA PAIX ET PROCUREURS DE LA COURONNE	455
3.2 L'INÉLIGIBILITÉ POUR CAUSE DE RELA- TIONS CONTRACTUELLES AVEC LA COU- RONNE.	457
3.3 L'INÉLIGIBILITÉ À TITRE DE SANCTION PÉNALE	457
4. LES CONDITIONS DE VALORISATION DE L'EXPRESSION ÉLECTORALE	459
4.1 L'ÉGALITÉ DE REPRÉSENTATION	459
4.2 LE RÉGIME DES PARTIS POLITIQUES	461
4.3 LE PLAFONNEMENT ET LE CONTRÔLE DES DÉPENSES ÉLECTORALES	464
4.4 LE FINANCEMENT DES CANDIDATS ET DES PARTIS	465

(1991) 21 R.D.U.S.	La Charte constitutionnelle de 1982 et la démocratie électorale canadienne	431
--------------------	--	-----

4.4.1	L E F I N A N C E M E N T GOUVERNEMENTAL	466
4.4.2	LES CONTRIBUTIONS POLITIQUES ...	467
4.5	LA PUBLICITÉ ÉLECTORALE	470
4.6	LA COMMUNICATION AUDIO-VISUELLE	472
CONCLUSION		474

INTRODUCTION

Les quinze dernières années ont profondément marqué le droit électoral canadien. Avant l'entrée en vigueur de la Charte constitutionnelle de 1982, des réformes législatives importantes avaient considérablement modifié le cadre de l'expression électorale. Plus récemment, le législateur a également voulu revaloriser l'égalité de représentation par la redéfinition du découpage électoral. Quant à la Charte constitutionnelle, elle fait sentir son impact depuis 1982 en provoquant un élargissement des clientèles titulaires du droit de vote et une clarification des conditions d'exercice du suffrage.

Trois des dispositions de la Charte constitutionnelle sont au coeur de l'évolution du droit électoral, les articles 3, 2 *b*) et 15.

art. 3 «Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales.

art. 2 Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

b) (...) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

art. 15 (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination (...).»

Les articles 2 et 15 peuvent faire l'objet d'une clause dérogatoire édictée par le législateur compétent, pour une période de cinq ans. Par ailleurs, les articles 2, 3 et 15 peuvent faire l'objet de restrictions sous l'article 1 de la Charte mais «dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique», sous le contrôle du juge¹.

Le processus électoral est le moyen privilégié pour une collectivité de tendre à l'idéal démocratique. On dira que le système électoral est démocratique si le plus grand nombre de citoyens ont le droit de vote et

1. Gérard A. Beaudoin «Les droits démocratiques», dans Gérard A. Beaudoin et Edward Ratushny (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1989, p. 307-348.

peuvent l'exercer dans des conditions favorables. Deux questions se soulèvent alors: qui sont les titulaires du droit de vote et quelles sont les conditions d'exercices du suffrage? On dira également qu'un système est démocratique si le plus grand nombre de citoyens aptes à ce faire peuvent se porter candidat afin de doter la collectivité d'élus représentatifs et compétents. Plusieurs questions se soulèvent alors: premièrement, la question du droit d'éligibilité et de candidature; deuxièmement, le rôle des partis politiques, ces intermédiaires devenus nécessaires au stade de développement actuel des démocraties occidentales; troisièmement, le rôle et la place de l'argent comme instrument susceptible de favoriser tantôt l'expression électorale; enfin, certains aspects de la liberté d'expression liés au processus électoral, tel le rôle des médias, la réglementation de la publicité, etc.

1. LES TITULAIRES DU DROIT DE VOTE

En 1982, suivant la *Loi électorale du Canada*², avait qualité d'électeur pour l'élection des députés du Parlement du Canada tout citoyen canadien de 18 ans, mais était habile à voter tout électeur autre que les personnes suivantes: le directeur général et directeur général adjoint des élections, le président d'élection de chaque circonscription, les juges nommés par le gouverneur en conseil, les détenus des établissements pénitenciers y purgeant une peine, les handicapés mentaux, les personnes déclarées inhabiles à titre de sanction pour manœuvres frauduleuses ou actes illicites³.

Trois catégories particulières de personnes provoquent des contestations judiciaires en invoquant l'article 3 de la Charte: les détenus, les handicapés mentaux et les juges. Certaines législatures provinciales ont cependant pris les devants: c'est ainsi qu'en 1979, l'Assemblée nationale du Québec a déjà conféré le droit de vote aux prisonniers détenus tant dans les prisons provinciales que les pénitenciers fédéraux⁴. Quant aux juges, les lois électorales provinciales ne comportent généralement pas d'exclusion. Enfin,

2. *Loi électorale du Canada*, S.R.C. 1970, c. 14 (1^{er} suppl.).

3. S.C. 1969-70, c.49, art 14(1),(4). Les dix provinces canadiennes ont des législations comparables pour l'élection à la législature provinciale. Au fédéral une importante réforme a été proposée en 1987 par le P.L. C-79, abandonné au feuillet de la Chambre.

4. *Loi électorale*, L.Q. 1979, c.56: les pénitenciers qui reçoivent les personnes condamnées à une peine de deux ans et plus relèvent de la compétence fédérale.

à partir de 1980, plusieurs législatures ont circonscrit l'exclusion du malade mental⁵.

1.1 LES PRISONNIERS

Une bonne douzaine d'arrêts ont été rendus par diverses instances à partir de 1983. En 1983, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique déclare que priver de leur droit de vote les détenus en probation sous le régime des libérations conditionnelles est contraire à la Charte⁶. Par contre, elle semble d'accord avec l'opinion émise par la Cour suprême de la Colombie-Britannique⁷ suivant laquelle la privation du droit de vote des détenus se justifie dans le cadre d'une société démocratique et n'est pas déraisonnable à cause des obstacles inhérents à l'incarcération: il en résulte que l'ensemble des contraintes imposées par le maintien de l'ordre et de la discipline carcérale rendent impossible le «free and democratic electoral choice contemplated by the Constitution»⁸. Il s'agit là de l'argument de base des tenants de l'interdiction.

En 1984, la Cour d'appel de la Saskatchewan se penche sur le dossier⁹ et déclare inconstitutionnelle la privation du droit de vote des «prévenus», c'est-à-dire des personnes incarcérées en attente de leur procès ou du jugement final.

Quelques jours avant l'élection du 4 septembre 1984, un détenu réclame par voie d'injonction interlocutoire qu'on lui permette de voter en invoquant l'inconstitutionnalité de l'article 14 de la *Loi électorale du Canada* en regard de l'article 3 de la Charte. La Cour fédérale de première instance accorde l'injonction mais la Cour fédérale d'appel l'annule au motif que ce serait statuer provisoirement sur la validité constitutionnelle de la loi sans avoir procédé à une instruction complète¹⁰. La Cour suprême confirme ce jugement¹¹.

5. En 1980, au Manitoba, seuls les malades mentaux internés n'ont pas droit de vote. En 1984, en Ontario, seuls les malades mentaux internés qualifiés par décret. En 1988, en Colombie-Britannique, seuls les malades internés par ordonnance du tribunal.

6. *Reynolds c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1983] 143 D.L.R. (3d) 365 (B.C.S.C.), (1984) 5 W.W.R. 270 (B.C.C.A.) Reynolds voulait poser sa candidature à une élection provinciale, ce qui impliquait le droit de vote.

7. *Id.*, à la p. 273 (j. Nemetz).

8. *Jolivet c. R.* (1983), 7 C.C.C. (3d) 431, 436 (j. Taylor) (B.C.S.C.).

9. *Maltby c. Saskatchewan (P.G.)*, [1984] 10 D.L.R. (4th) 745 (Sask. C.A.).

10. *Gould c. Canada (P.G.)*, [1984] 1 C.F. 1119 (1^{re} inst.), infirmé par [1984] 1 C.F. 1133 (C.F.A.).

11. [1984] 2 R.C.S. 124.

En 1986, la Cour du Banc de la Reine du Manitoba déclare que la loi de cette province qui interdit le vote aux prisonniers viole l'article 3 de la Charte. Le juge estime que la prohibition absolue et totale ne répond pas au critère de proportionnalité¹². Le juge refuse toutefois d'ordonner aux autorités la prise de mesures spéciales, telle l'installation de bureaux de scrutin dans les prisons. La Cour d'appel du Manitoba confirme ce jugement à cause des circonstances et de la proximité de l'élection¹³; en d'autres temps elle aurait été disposée à ordonner que des mesures soient prises en vertu de l'article 24 al.1 de la Charte pour rendre possible l'exercice du droit de vote.

En novembre 1985, des prisonniers demandent à la Cour fédérale d'ordonner aux autorités pénitentiaires de prendre des mesures précises pour permettre l'exercice du droit de vote que la *Loi électorale du Québec* leur confert. La Cour conclut qu'elle pouvait, sur la base de l'article 24 al.1 de la Charte, émettre une ordonnance de mandamus même contre une autorité gouvernementale ou un ministre parce que la Charte établit un ordre nouveau¹⁴. Elle ordonne donc aux autorités pénitentiaires fédérales de permettre aux autorités provinciales, notamment le directeur général des élections du Québec, de préparer des bureaux de scrutin dans les pénitenciers.

En 1988, la Haute Cour de l'Ontario¹⁵ refuse de considérer comme inconstitutionnel l'article 14 de la loi électorale fédérale prétendant que le Parlement a voulu réserver la participation au processus démocratique aux seuls citoyens dignes et responsables. Selon le juge, l'exclusion des criminels est symbolique et renforce le concept de démocratie libérale responsable.

En 1988 également, un autre juge de la même Cour déclare que l'article 16 de la loi ontarienne, qui interdit le droit de vote aux détenus, est contraire à la Charte¹⁶. Si la sanction des infractions criminelles et la protection de la société peuvent le justifier, en revanche, l'objectif de réhabilitation qui inspire la philosophie de notre système correctionnel plaide plutôt en faveur de la participation des détenus au processus électoral. Enfin, il y a, selon le juge, un aspect arbitraire dans le fait que les grands criminels sont traités sur le même pied que l'individu condamné à une semaine de prison pour une infraction statutaire.

12. *Badger c. Manitoba (P.G.)*, [1986] 27 C.C.C. (3d) 158 (j. Scollin) (Man. Q.B.).

13. *Badger c. Manitoba (P.G.)* (1986), 32 D.L.R. (4th) 310 (Man. C.A.).

14. *Levesque c. Canada (P.G.)*, [1986] 2 C.F. 287 (1^{re} inst.).

15. *Sauvé c. Canada (P.G.)* (1988), 66 O.R. (2d) 234 (j. Van Camp) (Ont. H.C.).

16. *Grondin c. Ontario (P.G.)* (1988), 65 O.R. (2d) 427 (j. Bowlby) (Ont. H.C.).

Quelques jours avant l'élection fédérale de novembre 1988, un détenu demande à la Cour supérieure du Manitoba de déclarer inconstitutionnel l'article 14 de la loi électorale fédérale et d'ordonner au Directeur général des élections du Canada de prendre les mesures nécessaires pour l'exercice efficace du droit de suffrage. La Cour accéda à la demande, mais la Cour d'appel renversera ce jugement trois jours avant l'élection, soit le 18 novembre¹⁷. Les trois juges d'appel considèrent alors que l'interdiction de voter est justifiée par l'article 1 de la Charte. Pour le juge en chef Monnin il y a trois raisons: premièrement, la majorité des démocraties occidentales et presque la totalité des États américains limitent totalement ou largement ce droit; deuxièmement, donner le droit de vote aux prisonniers c'est en même temps leur donner le droit de candidature; troisièmement, de nombreuses personnes en déplacement perdent aussi leur droit de vote du fait qu'elle ne peuvent l'exercer. Un autre juge estime que du fait de l'emprisonnement, le détenu voit plusieurs de ses droits limités, notamment le droit à la mobilité de l'article 6, le droit à la liberté de l'article 7, le droit d'association de l'article 2(d); il s'agit là d'une conséquence inévitable, presque d'une limite inhérente, qui pourrait se justifier sans recourir à l'article 1 de la Charte.

La Cour d'appel du Manitoba est la dernière à s'être prononcée. Il est intéressant de relever à plusieurs reprises sous la plume des juges qu'il appartient avant tout au Parlement de régler cette question, qui devrait l'être uniformément dans les diverses provinces du Canada. Toutefois ce n'est pas là un argument très convaincant, sauf pour répondre à la première question du test de l'arrêt *Oakes*¹⁸. À notre avis, la Cour n'a pas vraiment franchi toutes les étapes du test *Oakes*, le plus important du contrôle de constitutionnalité sous la Charte.

Comme nous l'avons déjà signalé, l'article 1 prévoit qu'il est possible d'apporter certaines restrictions aux droits et libertés garanties par la Charte. Celles-ci doivent cependant se justifier dans «le cadre d'une société libre et démocratique». La Cour suprême du Canada a déterminé dans l'arrêt *Oakes* le type de test à appliquer pour vérifier la compatibilité avec la Charte au regard de l'article 1. Dans l'arrêt *Edwards*¹⁹ elle a reformulé ce test et lui a donné une forme définitive.

17. *Badger c. Canada (P.G.)* (1988), 55 D.L.R. (4th) 177 (Man. C.A.) renversant le jugement du juge Hirschfield, non rapporté.

18. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S.103 [ci-après *Oakes*].

19. *Edward Books and Art Ltd. c. R.*, [1986] 2 R.C.S. 713; aussi *Ford c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 712, 770.

Lorsqu'il a été établi qu'une règle de droit restreint un droit protégé par la Charte, le gouvernement doit démontrer que la disposition vise des objectifs assez importants pour justifier une restriction à ce droit:

«En premier lieu, l'objectif que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la Charte, doit être "*suffisamment important* pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution"»²⁰.

Qu'est-ce qui est «suffisamment important»?

«Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important»²¹.

Une fois cette première étape franchie, le gouvernement doit démontrer le caractère raisonnable de la mesure contestée et sa justification. Il devra y avoir une certaine proportion entre la mesure adoptée et l'objectif recherché. Selon la Cour, ce critère de proportionnalité comporte trois volets:

«Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter "le moins possible" atteinte au droit ou à la liberté en question: (...) Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les *effets* des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la Charte et l'objectif reconnu "*suffisamment important*"»²².

Dans l'esprit de la Cour suprême, plus l'atteinte portée au droit est sérieuse, plus l'objectif visé doit être important.

Quant à l'objectif poursuivi par le législateur, il n'est pas facile de le cerner avec précision. Suivant la jurisprudence citée, il s'agit de priver

20. *Supra*, note 18 à la p. 138 (les italiques sont du soussigné).

21. *Id.* à la p. 139; dans des arrêts plus récents, la Cour s'est satisfaite que le gouvernement établisse qu'il considère l'objectif important. Dans quelques 130 arrêts, la Cour a toujours conclu que l'objectif était important.

22. *Id.*

de participation au processus démocratique ceux qui se sont mis au ban de la société par leurs actes criminels et de favoriser le maintien de l'ordre et de la sécurité dans les prisons. Ce sont certes des préoccupations importantes et réelles.

Y-a-t-il un lien rationnel entre l'interdiction de voter et l'objectif poursuivi? Comme certains juges l'ont relevé, il n'est guère rationnel sinon arbitraire de mettre sur le même pied les grands criminels et l'individu condamné à trois jours de prison pour défaut de payer une amende.

Même si l'on trouvait le lien rationnel, il est difficile d'admettre que le moyen porte le moins possible atteinte au droit en question: l'interdiction est en effet absolue, sans exceptions et sans nuances.

Enfin qu'en est-il de la proportionnalité entre les effets de la mesure et l'objectif? La mesure est évidemment radicale, mais l'objectif a une importance qui n'est pas absolue; elle est même controversée puisque certains prétendent qu'au contraire il faut faire participer les prisonniers au processus démocratique dans un but de réinsertion sociale et de réforme personnelle. Quant au maintien de l'ordre et de la sécurité dans les prisons, il s'agit d'un objectif atténué par le fait qu'il ne doit pas englober les impératifs de «commodité administrative». La Cour suprême dans l'arrêt *Singh*²³ a, en effet, considéré que le Gouvernement ou l'Administration ne peut invoquer cet argument pour restreindre des droits protégés par la Charte.

À notre avis, l'interdiction absolue de voter ne peut passer le test de l'arrêt *Oakes* car c'est une mesure trop radicale qui viole l'article 3 de la Charte. Il en serait différemment si la perte de ce droit était reliée à la commission de certains crimes tel que la haute trahison ou la fraude électorale. Quant aux inconvénients que l'exercice du droit de vote cause aux autorités pénitentiaires, il n'a pas été démontré qu'ils sont insurmontables, du moins à l'égard de l'ensemble de la population carcérale. Par contre il n'est pas impensable que le législateur soit justifié de faire un régime particulier pour les criminels dangereux, ceux qui seraient susceptibles de profiter de l'occasion pour mettre en péril la sécurité de l'établissement ou du public. Il est toutefois possible que les circonstances entourant l'exercice du droit de vote comportent de tels dangers.

23. *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177 (J. Wilson).

Le législateur québécois ne semble pas réticent à se conformer aux exigences de la Charte. En 1980, l'Assemblée nationale du Québec avait donné le droit de suffrage à tous les détenus. En 1987, le Parlement fédéral étudiait le projet de loi C-79 au même effet.

1.2 LES HANDICAPÉS MENTAUX

La doctrine a mené le combat en faveur des handicapés mentaux surtout depuis les années 80. Certains législateurs provinciaux ont alors commencé la libéralisation du droit de suffrage. Ainsi en 1980, le Manitoba limite l'exclusion aux malades internés dans un hôpital ou une institution pour handicapés mentaux. En 1984, l'Ontario n'exclut que les malades internés par ordre d'un tribunal.

La première contestation judiciaire a eu lieu au Manitoba en mars 1988. La Cour du Banc de la Reine déclare inconstitutionnelle l'article 31(b) de la loi manitobaine qui déniait le droit de vote aux patients des hôpitaux psychiatriques²⁴. Puis en octobre 88, la Cour fédérale est saisie d'une contestation de l'article 14(4) f) de la loi fédérale qui déclare inhabile à voter:

«Toute personne restreinte dans sa liberté de mouvement ou privée de la gestion de ses biens pour cause de maladie mentale.»

La Cour déclare que le droit de vote n'a pas de caractère absolu et pourrait être restreint lorsque les circonstances le justifient, mais qu'il est tout simplement erroné de présumer qu'une personne souffrant d'une incapacité mentale quelconque est incapable à tous points de vue, et notamment incapable de voter²⁵.

L'interdiction est donc trop générale et disproportionnée par rapport à l'objectif recherché.

Dans plusieurs provinces, notamment au Québec depuis 1989, il n'y a plus aucune restriction au vote des malades mentaux, sauf ceux qui sont en curatelle. Le projet de loi C-79 du 30 juin 1987 était au même effet au niveau fédéral. Cette situation n'est toutefois pas entièrement

24. *Canadian Mental Health Association c. Wallis and A.G. Manitoba*, Man. Q.B. 17 mars 1988, n:CI 88-01-27535 (j. Glowacki).

25. *Conseil canadien des droits des personnes handicapées c. Canada*, [1988] 3 C.F. 622, 625 (j. Reed).

satisfaisante, pas plus que ne l'est l'interdiction du droit de vote aux personnes de moins de 18 ans. Cette dernière limitation, certes arbitraire, n'a pas été contestée mais pourrait l'être, car un tel mineur apte à exercer toutes sortes de responsabilités sociales ou économiques n'aurait pas l'aptitude à exercer adéquatement un choix démocratique éclairé. Pourquoi 18 ans et non 17 ou 16 ans?

La doctrine semble rejeter le critère de la capacité ou de l'aptitude à poser un geste lucide²⁶. Le problème n'est pas pour autant résolu, car si l'on n'a aucun critère pour empêcher de voter ceux qui n'ont pas la lucidité voulue pour le faire, a-t-on vraiment permis l'exercice de ce droit? La solution se situe à notre avis à un double niveau. Premièrement, l'inscription sur la liste électorale devrait être plus rigoureuse et les agents électoraux ne devraient, en cas de doute, qu'inscrire ceux qui sont capables de faire une démarche lucide en ce sens²⁷. D'autre part, toute personne inscrite sur la liste qui se présente au bureau de scrutin devrait voter sans assistance, sauf s'il s'agit d'handicapés physiques. Cela vaut non seulement pour les handicapés mentaux mais pour les personnes confuses pour raison d'âge ou autres. Il ne faut pas que le vote assisté devienne un vote téléguidé ou substitué.

1.3 LES JUGES

Assez étonnamment la loi électorale fédérale rendait inhabile à voter tout juge nommé par le gouvernement fédéral. Il s'agit d'une tradition reposant sur divers fondements, tels le principe de la séparation des pouvoirs, la dignité judiciaire,... Mentionnons que les lois provinciales ne comportent pas généralement une telle exclusion. Par ailleurs, la loi électorale fédérale ne vise pas les juges nommés par les gouvernements provinciaux qui sont pourtant des juges à part entière et sont assujettis aux mêmes exigences constitutionnelles d'indépendance²⁸.

Cette disposition a été attaquée en Cour fédérale en novembre 1988 alors que le projet de loi C-79 qui l'abolissait était à l'étude devant le Parlement. Néanmoins la Cour fédérale déclara la disposition

26. Gérald B. Robertson, *Mental Disability and the Law in Canada*, Toronto, Carswell, 1987, pp. 240-250.

27. Le directeur général des élections n'a qu'à envoyer aux agents des directives en ce sens, comme cela s'est fait au Québec en 1989.

28. Voir notre étude: «La justice municipale au regard des chartes: quelques observations au lendemain de la grande réforme», [1991] 36 *McGill L.J.*, pp. 39-76.

inconstitutionnelle et la déclara inopérante pour permettre aux magistrats de voter à l'élection générale du 21 novembre²⁹. Comme la requête n'était pas contestée, la décision n'est pas motivée.

2. LES CONDITIONS D'EXERCICE DU SUFFRAGE

Les lois électorales déterminent les diverses conditions d'exercice du droit de vote, notamment la question de la résidence qui a fait l'objet de contestations en regard de la Charte, de même que celle de la présence au lieu de résidence le jour du scrutin.

2.1. L'EXIGENCE DE RÉSIDENCE

La loi électorale fédérale n'exige aucune période de résidence préalable à l'inscription sur la liste électorale, mais plusieurs lois provinciales exigent une résidence de six ou douze mois. Cette exigence a fait l'objet de contestations.

En 1984, la Cour d'appel de la Saskatchewan³⁰ avait à se demander si une exigence de six mois de résidence dans la province était contraire à la Charte. La Cour estime que le droit de vote n'étant pas absolu il peut être assujéti à certaines conditions dont la résidence. Mais encore faut-il que le délai soit raisonnable. Comment un électeur pourrait-il apprécier les performances gouvernementales et les politiques proposées s'il ne connaît pas suffisamment le milieu. Or, six mois constitue une période raisonnable... d'autant plus que dans d'autres provinces elle est soit plus longue soit de même longueur.

En 1986, la Cour d'appel du Yukon était saisi d'un renvoi dans lequel le gouvernement de ce territoire demandait à la Cour quel délai de résidence était compatible avec la Charte: un an, six mois ou un délai minimum à des fins administratives³¹. Ce renvoi était consécutif à une décision de la Cour supérieure du Yukon qui avait déclaré l'exigence de 12 mois alors en vigueur contraire à l'article 3 de la Charte³². Le juge Nemetz au nom de la Cour d'appel estime que dans ces territoires aux caractéristiques particulières il n'est pas déraisonnable d'exiger une

29. *Muldoon c. Canada*, [1988] 3 C.F. 628 (j. Walsh) (1^{re} inst.).

30. *Re Storey and Zazelenchuk* (1984), 12 C.R.R. 261 (Sask. C.A.), confirmant (1982), [1984] 5 C.R.R. 99 (j. Estey).

31. *Re Yukon Election Residency Requirement*, [1986] 27 D.L.R. (4th) 146 (Y. C.A.).

32. *Hedstrom c. Com'r of Yukon Territory*, [1985] 6 W.W.R. 690 (j. Maddison).

période plus longue de résidence. S'appuyant sur le constitutionnaliste américain Tribe, il conclut qu'il appartient à une collectivité de définir son identité et le type de lien qu'elle souhaite entre les élus et le corps électoral. Ainsi seront électeurs ceux qui ont «a real nexus to the community as such»³³.

La Cour d'appel du Yukon considère que l'objectif du législateur dans la fixation d'une exigence de résidence est triple: l'assurance de l'intégrité du processus électoral; l'assurance que les voteurs sont adéquatement informés des enjeux électoraux et l'assurance que les voteurs ont une appartenance territoriale suffisante. Par ailleurs, la mobilité inhérente à un État fédéral et les fluctuations de population justifient de la part des législatures provinciales une telle exigence. La Cour insiste sur l'idée d'appartenance au milieu pour donner un sens au processus démocratique. Le vote n'est pas qu'un choix pour l'avenir, c'est un jugement sur la performance passée d'un gouvernement, qu'un nouvel arrivant aurait du mal à formuler. Enfin, la Cour ajoute que celui qui n'est pas suffisamment familiarisé avec les conditions locales peut mettre en danger l'intégrité du processus électoral, notamment en se laissant aller à des pratiques électorales douteuses.

Il semble bien qu'un délai de résidence raisonnable de six mois ou même de douze mois soit considéré, au Canada, comme compatible avec l'article 3 de la Charte. Il nous semble que cela se justifie si l'on cherche à donner à l'exercice du droit de suffrage un sens véritable. À cet égard, on pourrait distinguer entre la résidence dans la province et la résidence dans la circonscription; le délai de résidence dans la circonscription pourrait être plus court. De façon générale, les lois provinciales s'alignent presque toutes sur un délai de résidence de six mois, ce qui nous paraît fort acceptable.

33. *Supra*, note 31 à la p. 150, citant Lawrence H. Tribe, *American Constitutional Law*, Mineola, N.Y. Foundation Press, 1978, p. 761; voir également la 2e édition de 1988.

2.2 L'INSCRIPTION SUR LA LISTE ÉLECTORALE

Toutes les lois exigent qu'outre la question de résidence, l'électeur soit inscrit sur la liste électorale avant le jour du scrutin; toutefois certaines prévoient que, dans certaines circonstances, un électeur puisse voter sans être inscrit, soit en étant assermenté. Ainsi au niveau fédéral, la loi offre cette possibilité mais aux électeurs des districts ruraux seulement. Ces dispositions ont été contestées en 1988 par des électeurs de districts urbains³⁴. La Haute Cour de l'Ontario considéra que le droit consacré par l'article 3 de la Charte n'étant pas absolu, l'exigence de l'inscription obligatoire sur la liste électorale n'était pas déraisonnable; l'absence d'une telle mesure rendrait la gestion électorale extrêmement complexe dans les milieux urbains notamment. Par ailleurs, la Cour estima que l'avantage conféré aux électeurs ruraux ne constituait pas une discrimination ou un manquement au principe d'égalité consacré par l'article 15 de la Charte.

La Cour suprême de Colombie-Britannique fut saisie d'une contestation identique et, dans une décision du 28 juin 1990, considère que les articles 120 et 121 de la loi électorale fédérale ne violent pas l'article 15 de la Charte³⁵. Se fondant sur l'arrêt *Turpin*³⁶ de la Cour suprême, la Cour refuse de considérer les électeurs urbains comme une «discrete and insular minority»: ces personnes ne font pas l'objet d'une discrimination

«from other persons on the basis of a personal characteristic which shares the similarities of historical, social, legal or political disadvantage as those enumerated in s.15³⁷».

L'inscription obligatoire sur la liste électorale est certes une exigence très largement répandue. Mais le fait de ne prévoir aucune exception dans les milieux urbains constitue-t-il une mesure trop radicale, disproportionnée par rapport à l'objectif visé par le législateur? Certes le processus de recensement des électeurs et de confection de la liste électorale est adéquat; mais il se trouvera toujours des électeurs qui, pour des raisons de force majeure, n'ont pu être recensés et n'ont pu demander

34. *Koutroulides c. Canada (P.G.)* (1988), 67 O.R. (2d) 655 (j. Hollingworth).

35. *Scott c. Chief Electoral Officer for Canada*, B.C. S.C. 28/06/90, [1990] B.C.D. Civ. 1230-01, J. Coultas.

36. *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296.

37. *Supra*, note 34.

une révision dans les délais. Dans l'affaire *Koutroulides*³⁸, le juge ontarien se contente de présumer que l'admission d'une telle exception causerait «some real difficulties», mais il avoue qu'on n'en a pas fait la démonstration. À notre avis, il appartenait au gouvernement de faire cette démonstration. Tant que le gouvernement n'aura pas démontré que l'admission d'une telle exception perturbe considérablement le processus électoral, à notre avis, l'article 39(1) de la loi fédérale est inconstitutionnelle, au regard de l'article 3 de la Charte, car il limite l'exercice du droit de vote. Par contre, nous estimons qu'il n'y a pas violation de l'article 15 pour les raisons données par la Cour de Colombie-Britannique.

2.3 LE VOTE DES ABSENTS

Le vote par anticipation permet aux électeurs qui seront absents le jour du scrutin d'exercer leur droit de vote; toutefois, bon nombre d'électeurs ne peuvent même pas participer à ce vote par anticipation qui a lieu dans la circonscription une semaine avant le scrutin. La loi électorale fédérale prévoit le vote par procuration pour diverses catégories de personnes. D'autres lois provinciales, dont celle du Québec en 1989, prévoient la possibilité pour les électeurs absents d'exercer ce droit. Cette question est loin d'avoir été complètement résolue au Canada dans son ensemble.

En 1986, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été saisie d'une affaire dans laquelle deux étudiants, pourtant inscrits sur la liste électorale, ne pouvaient se présenter au bureau de scrutin du fait de leurs études en Ontario³⁹. Ils réclamèrent que la loi électorale soit déclarée non conforme à l'article 3 de la Charte et que soit ordonné à la législature de prévoir des dispositions pour permettre le vote des absents.

La Cour fit retrancher la conclusion dirigée contre la législature mais accepta de prononcer un jugement déclaratoire. Elle soumit qu'il importait peu que la privation du droit de vote résulte d'une disposition expresse ou d'une carence de la législation. Elle rappelle que la majorité des lois électorales canadiennes prévoient le vote des absents par procuration; de même, un rapport de la Colombie-Britannique de 1978 a recommandé de modifier la loi en ce sens. Elle conclut qu'on n'a pas

38. *Supra*, note 33.

39. *Re Hoogbruin and (A.G.)*, [1986] 24 D.L.R. (4th) 718 (B.C. C.A.), infirmant (1985) 12 C.R.R. 72.

démontré que l'omission du législateur était raisonnable et justifiable sous l'article 1 de la Charte.

Le procédé de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est peut-être peu orthodoxe, mais le résultat est intéressant. On peut dire que, dans l'ensemble, les législateurs ont pris leurs responsabilités en ce domaine, mais la Charte n'a pas nuit.

Dans une affaire plus récente, un ancien résident de l'Ontario, absent de sa province pendant une longue période, prétendait que l'exigence de six mois de résidence en Ontario contrevenait à l'article 3 de la Charte en lui faisant perdre son droit de vote⁴⁰. Il prétendait que dans son cas le délai était déraisonnable. La Cour rejeta le pourvoi en estimant que le législateur avait fixé une limite raisonnable au droit consacré par la Charte. Il appartient au législateur de tirer la ligne, comme l'ont estimé les Cours d'appel de la Saskatchewan et du Yukon dans les arrêts précités. La cour n'a pas à tenir compte des situations individuelles qui peuvent varier à l'infini.

Enfin, en 1986 était contestée une disposition de la loi de la Colombie-Britannique qui conférait à une personne dont le nom n'apparaissait sur la liste d'aucune circonscription électorale le droit de se faire inscrire le jour du vote⁴¹. Or, la personne inscrite dans une circonscription qui subséquemment déménage dans une autre circonscription ne peut bénéficier du même avantage; elle doit se faire réinscrire suivant la procédure et dans le délai régulier, c'est-à-dire 20 jours avant la date du scrutin. Le requérant prétendait que cette dernière exigence faisait perdre à l'électeur qui déménage durant cette période de 20 jours son droit de vote. De plus, il prétendait que la disposition était discriminatoire et contraire au droit à l'égalité consacré par l'article 15 de la Charte.

La Cour suprême de la Colombie-Britannique rejeta les deux allégations. Premièrement, le délai de 20 jours n'est pas déraisonnable suivant les exigences d'une procédure normale. De plus, l'électeur peut exercer son droit de vote par procuration dans la circonscription où il résidait à la date du recensement. Quant au désavantage qui résulte de la disposition contestée, elle ne constitue pas une «discrimination» au sens

40. *Arnold c. Ontario (P.G.)* (1987) 61 O.R.(2d) 481.

41. *Re Scott and A.G. B.C.*, [1986] 29 D.L.R (4th) 544 (B.C. S.C.).

où la jurisprudence l'a reconnu sous l'article 15 de la Charte. La Cour estime que le législateur doit se plier à certaines contraintes qui ont pour effet de restreindre l'exercice du droit de vote, la mobilité de la population dans la province en est une⁴². Le législateur devrait-il permettre la réinscription dans une nouvelle circonscription et l'annulation de la première inscription après un déménagement qui survient dans les 20 jours précédant l'élection? C'est là beaucoup demander. Il appartient au législateur et non au juge de trouver un moyen.

2.4 LA PERTE DU DROIT DE VOTE À TITRE DE SANCTION PÉNALE

On peut considérer comme une condition d'exercice du suffrage le fait d'en être privé par condamnation pénale spécifique, tel le cas de fraude électorale. Au Canada, toutes les lois électorales prévoient une telle sanction. Ainsi l'article 51(g) de la loi fédérale stipule que ne peut voter «toute personne inhabile à voter en vertu d'une loi relative à la privation du droit de vote pour manoeuvres frauduleuses ou actes illégaux». Cette disposition renvoie aux articles 267 et suivants de la loi⁴³.

Si l'infraction constitue une manoeuvre frauduleuse (art. 250, 252, 253 ou 260), la perte du droit de vote est de sept ans; s'il s'agit d'une autre infraction à la loi électorale, elle est de cinq ans (art. 269).

Puisqu'il s'agit d'une restriction au droit protégé par l'article 3 de la Charte, il faut appliquer le test *Oakes* pour vérifier si, au regard de l'objet et de la nature du droit constitutionnalisé, l'atteinte est raisonnable et justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Premièrement, l'objectif du législateur est certes «suffisamment important» en ce sens qu'il correspond à des «préoccupations urgentes et réelles». Le législateur a comme objectif d'assurer l'intégrité du processus électoral et de permettre l'élection des personnes les plus aptes à exercer la fonction parlementaire.

Deuxièmement, la mesure adoptée est-elle proportionnée à l'objectif recherché? Le critère de proportionnalité comprend trois volets.

42. Dans cette décision on mentionne qu'à l'élection provinciale de 1985, un demi-million d'électeurs ne s'étaient pas inscrits lors du recensement.

43. *Loi électorale du Canada*, S.R.C. 1970, c. 14 (1^{er} suppl.) est devenu l'art. 51 dans S.R.C. 1985, c. E-2.

Primo, y-a-t-il un lien rationnel avec l'objectif en question? Secondo, le moyen choisi est-il de nature à porter le moins possible atteinte au droit protégé? Tertio, y-a-t-il disproportion entre les effets de la mesure et l'objectif reconnu «suffisamment important».

Il y a manifestement un lien rationnel avec l'objectif visé puisqu'il s'agit de sanctionner des infractions à la loi électorale. Toutefois, il n'est pas possible de soutenir que le moyen choisi porte le moins possible atteinte au droit de vote; il le supprime, alors qu'il existe d'autres moyens moins draconiens tels l'amende ou l'emprisonnement. Quand à la proportionnalité entre les effets de la mesure et l'objectif, il y aurait peut-être lieu de faire une distinction entre les infractions graves que sont les manoeuvres frauduleuses qui affectent gravement l'intégrité du processus électoral et d'autres infractions qui peuvent n'avoir qu'un caractère technique, tel par exemple le fait de publier, distribuer ou afficher un imprimé sans indiquer l'autorisation requise (art. 261 par. 2). Le droit de vote est certes le droit le plus fondamental de la structure politique canadienne, tellement qu'il ne peut être affecté par une clause nonobstant ou dérogatoire; aussi, seule une infraction d'une exceptionnelle gravité peut justifier une limitation. À notre avis, seules les manoeuvres électorales frauduleuses devraient être retenues pour légitimer la suppression du droit de vote pendant une période raisonnable, qui peut être de 5 ou 7 ans.

La loi québécoise de 1989⁴⁴ nous semble s'être engagée dans la bonne voie. Elle distingue les manoeuvres électorales frauduleuses et les autres infractions, et donne, dans un cas donné, discrétion au juge de qualifier une infraction de manoeuvre frauduleuse. Seules ces dernières font encourir, par l'effet de la loi, la perte du droit de vote de même que le droit de se livrer à du travail partisan ou d'être candidat, pour une période de cinq ans (art. 568).

3. LE DROIT D'ÉLIGIBILITÉ ET DE CANDIDATURE

L'article 3 de la Charte de même que notre tradition législative semblent lier le droit d'éligibilité au droit de vote. Mais le rapport entre les deux droits n'est pas constant; et il pourrait se différencier davantage à partir du moment où s'élargit le droit de vote à des titulaires qui pourraient raisonnablement se voir dénier celui de se porter candidat. On peut

44. *Loi électorale*, L.Q. 1989, c. 1, remplaçant la *Loi électorale*, L.R.Q., c. E-3.2.

estimer qu'il faut, pour être député ou parlementaire, un niveau de qualification différent de celui exigé du simple électeur.

3.1 LE DROIT D'ÉLIGIBILITÉ EN GÉNÉRAL

En vertu de la loi fédérale actuelle, tous ceux qui ont la qualité d'électeur, c'est-à-dire les citoyens canadiens ayant atteint l'âge de 18 ans, ont droit d'éligibilité à moins qu'ils ne soient inhabiles à voter suivant l'article 51 ou qu'ils ne soient déclarés inéligibles suivant l'article 77. Il y a donc de nombreuses restrictions au droit d'éligibilité consacré par l'article 3 de la Charte. Chacune de ces restrictions est-elle raisonnable et justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique?

3.1.1 LES PARLEMENTAIRES ET LES JUGES

L'article 77(d) et (g) prévoit expressément le cas des députés des provinces, des Territoires du Nord-Ouest et du Yukon. Le cas des sénateurs n'est pas expressément prévu. Quant aux juges, ils étaient inéligibles par le biais de l'art. 77(h) et 51(d), cette dernière disposition a été déclarée inconstitutionnelle en 1988 dans l'arrêt *Muldoon*⁴⁵.

L'inéligibilité des parlementaires et des juges se justifie amplement par le principe de la séparation des pouvoirs, principe constitutionnel fondamental qui est l'assise de tout notre édifice constitutionnel. La loi devrait le dire expressément et inclure, à notre avis, tous les juges rattachés à la branche judiciaire de l'État, qu'ils soient nommés par le gouvernement fédéral ou par les provinces. Les juges provinciaux des cours ordinaires de justice ont une mission capitale dans l'interprétation et l'application des lois tant provinciales que fédérales; même les juges municipaux sont appelés à appliquer le code criminel. Il nous semble que l'incompatibilité se justifie amplement.

3.1.2 LES FONCTIONNAIRES ET AUTRES AGENTS PUBLICS RELEVANT DU GOUVERNEMENT DU CANADA

L'article 77(f) déclare inéligibles tous les agents publics relevant du gouvernement fédéral et dont la nomination relève de la Couronne, qu'il s'agisse d'une charge ou d'un emploi permanent ou temporaire, mais

45. *Supra*, note 28.

l'article 78(g) redonne l'éligibilité à tous les fonctionnaires régis par la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*⁴⁶ pourvu qu'ils aient obtenu un congé sans solde suivant l'article 33 de cette dernière loi, c'est-à-dire avec l'autorisation de la Commission de la fonction publique.

3.1.3 LES FONCTIONNAIRES ORDINAIRES

Ce qui pose difficulté, comme nous l'avons expliqué dans une autre étude⁴⁷, c'est que le refus d'un congé sans solde puisse être considéré comme un obstacle à la réalisation d'un droit constitutionnel consacré à l'article 3 de la Charte. Nous avons conclu que le congé sans solde devrait être accordé de plein droit. Mais, la réintégration dans la fonction publique au terme du congé électoral sans solde peut donner lieu à une évaluation des aptitudes et capacités, par la Commission de la fonction publique en vue de l'attribution d'un poste, en tenant compte des exigences d'efficacité et des objectifs du législateur, qui sont de favoriser l'exercice des droits politiques de tous les citoyens y compris les fonctionnaires. La Cour supérieure de la Nouvelle-Écosse en est arrivé à la même conclusion dans un arrêt de 1986⁴⁸.

3.1.4 LES AUTRES AGENTS PUBLICS FÉDÉRAUX

L'incompatibilité est ici absolue, en ce sens que les titulaires de ces postes doivent démissionner purement et simplement sans possibilité de congé électoral.

Si l'on applique à ces personnes les critères utilisés pour l'ensemble des fonctionnaires, il faudrait pouvoir leur appliquer des règles d'intégration appropriées. Se soulève alors diverses difficultés. D'un côté, s'il s'agit d'agents nommés pour une période fixe ou suivant bon plaisir, la réintégration dans la fonction publique régulière équivaldrait à leur

46. *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, S.R.C. 1985, c. P-33.

47. «La liberté politique des fonctionnaires à l'heure de la Charte canadienne», (1990) 31 *C. de D.*, 409-476; nous y traitons également des limites à la liberté d'expression politique des fonctionnaires en période électorale.

48. *Re Fraser and A.G. Nova Scotia* (1986) 30 D.L.R. (4th) 430. Dans un arrêt de 1988, la Cour de l'Ontario estimait que la question des congés électoraux n'avait rien à voir avec le droit d'éligibilité protégé par la Charte: *O.P.S.E.U. c. Ontario (P.G.)* (1988), 65 O.R. (2d) 689. Dans la plupart des provinces, les fonctionnaires ordinaires ont droit à un congé électoral sans solde prévu expressément par la loi. La loi québécoise de 1989 va d'ailleurs plus loin en créant ce droit en faveur de tout employé du secteur public ou privé (art. 248-255).

octroyer la permanence au retour d'un congé électoral: c'est le cas des membres de commissions, offices, bureaux, tribunaux administratifs ou autres organismes autonomes. Il ne saurait être question que ces personnes réintègrent leur poste après avoir plongé dans l'action politique électorale, à moins d'être de nouveau nommées suivant la procédure régulière.

Le cas des sous-ministres ou sous-chefs qui ont le titre de fonctionnaire, est différent vu qu'ils ont déjà la permanence dans la fonction publique. La réintégration serait alors possible dans un autre poste après évaluation par la Commission de la fonction publique. Ainsi avons nous conclu dans l'étude précitée qu'il est possible de leur appliquer le même régime qu'aux autres fonctionnaires. Il s'agit d'une solution qui rend possible l'exercice du droit de candidature sans inconvénients majeurs pour l'appareil gouvernemental et sans atteinte aux principes d'indépendance, de neutralité et d'impartialité de la fonction publique.

3.1.5 LES SHÉRIFS, GREFFIERS DE LA PAIX ET PROCUREURS DE LA COURONNE

Cette catégorie d'agents publics, fonctionnaires provinciaux pour la plupart, exercent des fonctions qui les relient d'assez près au pouvoir judiciaire, mais ce ne sont pas des juges. L'inéligibilité décrétée par l'article 77(e) ou son équivalent, a été étudiée par la Commission de la fonction publique du Québec dans une décision de 1989⁴⁹. La Commission a conclu qu'une telle inéligibilité n'était pas déraisonnable et se justifiait dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il faut toutefois signaler que le gouvernement avait offert au substitut du Procureur général visé par la mesure de congédiement de le réintégrer dans la fonction publique dans un autre poste de conseiller juridique.

La Commission qualifie la fonction de procureur de la Couronne de «quasi-judiciaire». Puis elle soutient que la disposition législative a pour objet de promouvoir le maintien de l'autorité, de la neutralité, de

49. *Tremblay et Ministère de la Justice du Québec* (1989), 6 R.D.C.F.P. 145 (Commissaire Roberge). M. Tremblay a été candidat N.P.D. dans Rivière-Du-Loup à l'élection fédérale de 1988: l'article 8 de la loi québécoise sur les substituts du Procureur général interdit à cette catégorie de fonctionnaires «de se porter candidat à une élection fédérale ou provinciale». Il fut de ce fait destitué. Devant la Commission, il invoqua en outre la *Loi sur la fonction publique* en vertu de laquelle il aurait eu droit à un congé électoral s'il avait été un fonctionnaire ordinaire.

l'impartialité réelle et apparente et de l'intégrité du système judiciaire, en particulier en matière de justice criminelle et pénale.

Quant à la nature des fonctions exercées, la Cour suprême s'est depuis de nouveau prononcée en la qualifiant de quasi-judiciaire⁵⁰; toutefois, cela ne saurait valoir pour les shérifs et greffiers de la paix. On ne peut mettre en doute l'importance de l'objectif du législateur, mais la mesure est-elle disproportionnée ou trop radicale? La Cour supérieure a renversé la décision de la Commission et invalidé l'article 8 de la *Loi sur les substituts du procureur général* comme contraire à l'article 3 de la Charte et discriminatoire en regard de l'article 15 de la même Charte⁵¹. La Cour estime que cette restriction au droit de candidature et au droit à l'égalité, car la *Loi sur la fonction publique* confert le droit à un congé électoral à l'ensemble des fonctionnaires, ne se justifie pas sous l'article 1 de la Charte!

La solution qui respecterait l'esprit de la Charte serait que le législateur prévoit un congé électoral avec droit de réintégration dans la fonction publique à un poste autre que celui de procureur de la Couronne.

3.2 L'INÉLIGIBILITÉ POUR CAUSE DE RELATIONS CONTRACTUELLES AVEC LA COURONNE

L'article 77(c) de la loi fédérale déclare inéligible toute personne qui, directement ou indirectement, par elle-même ou par personne interposée a un contrat avec le gouvernement pour lequel des deniers publics doivent être versés; cela ne comprend cependant pas l'actionnaire de sociétés commerciales sauf si le contrat vise la construction d'un ouvrage public.

Il s'agit d'une restriction au droit d'éligibilité destiné à prévenir les conflits d'intérêts et la corruption politique. L'idée qu'un député ait des relations contractuelles avec la Couronne répugne à l'idée de moralité publique. Le député participe au vote des budgets nécessaires à l'activité contractuelle du gouvernement; d'autre part, il participe au contrôle de l'activité gouvernementale qui comprend bien entendu d'innombrables

50. *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170.

51. *Tremblay c. Commission de la fonction publique*, J.E. 90-888 (C.S.).

contrats. Il est raisonnable et justifiable dans une société démocratique que le député ne soit pas impliqué dans ces contrats de manière à être entièrement objectif et désintéressé dans son travail.

3.3 L'INÉLIGIBILITÉ À TITRE DE SANCTION PÉNALE

L'article 77 (a) et (b) prévoit des inéligibilités pour des périodes de cinq et sept ans à l'encontre d'une personne condamnée judiciairement pour manoeuvre électorale frauduleuse ou autre pratique illégale reliée à une élection. Une disposition analogue a été contestée devant la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse dans la célèbre affaire *MacLean*⁵².

La disposition contestée prévoyait qu'une personne condamnée pour une infraction punissable par un emprisonnement de plus de cinq ans est déchue de ses droits d'éligibilité pour une période de cinq ans; s'il s'agit d'un député en poste, son siège devient vacant... La juge en chef de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse commence par mettre en doute l'objectif même du législateur: il s'agit d'une législation «protectrice» de l'électorat, mais on devrait plutôt donner le crédit à ce dernier de faire son propre choix judicieux: «The legislation is paternalistic and excessive...»⁵³. Dans un deuxième temps, elle considère la loi «under the proportionality test... unnecessary to protect society»⁵⁴. Elle ajoute que les critères retenus par le législateur éliminent les personnes condamnées pour des infractions qui n'ont rien à voir avec ce qu'elle appelle «breaching the trust of the House»⁵⁵. L'arrêt n'est pas très bien articulé et sa portée est à notre avis limitée. Serait contraire à la Charte toute disposition prévoyant l'inéligibilité à titre de sanction sans que l'auteur soit impliqué dans un «breaching the trust of the House», c'est-à-dire une infraction qui se rapporte au processus démocratique ou électoral. Il s'agit d'une infraction par laquelle le contrevenant s'est montré indigne de la confiance de la législature. Voilà un critère qui nous paraît valable. Ce serait le cas, par exemple, des manoeuvres électorales frauduleuses de même que des infractions criminelles impliquant fraude ou corruption

52. *MacLean c. Nouvelle-Écosse (P.G.)*, [1987] 76 N.S.R. (2d) 296 (j. Glube). Billy Joe MacLean avait été condamné pénalement et civilement en justice pour avoir présenté pour \$22,000 de faux comptes de dépenses. Comme il refusait de démissionner il fut expulsé par une loi spéciale de la législature. Il fut réelu quelques semaines après l'arrêt de la Cour.

53. *Id.* à la p. 306.

54. *Id.*

55. *Id.*

politique. En commettant ces infractions, une personne s'est montrée indigne de briguer les suffrages.

Quant à l'argument de la juge en chef à l'effet que l'électorat n'a pas besoin d'être protégé, il nous paraît discutable. Le législateur peut prendre des mesures en vue de favoriser un choix éclairé entre candidats dignes d'être investis de la fonction législative.

À notre avis, le respect intégral de la loi électorale de même que des dispositions du *Code criminel* concernant la corruption politique devrait être exigé de tous ceux qui briguent les suffrages. L'inéligibilité qui résulte de la violation de ces dispositions est à notre avis raisonnable et justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique.

4. LES CONDITIONS DE VALORISATION DE L'EXPRESSION ÉLECTORALE

Les lois contemporaines ont imaginé des moyens ou techniques qui n'existaient pas à l'aube de la démocratie parlementaire, afin de valoriser l'expression électorale en éliminant des obstacles de tout ordre et en fournissant des moyens qui, dans certains cas, peuvent rétablir l'égalité entre les participants. On retrouve des dispositions législatives concernant les partis politiques, le financement des dépenses électorales, le plafonnement de ces dépenses, les contributions électorales, la réglementation de la publicité et de la communication audio-visuelle. Toutefois, la première condition de valorisation de l'expression démocratique consiste en l'égalité de représentation, question vivement débattue dans la jurisprudence américaine depuis plus de 30 ans⁵⁶.

4.1 L'ÉGALITÉ DE REPRÉSENTATION

La participation démocratique serait faussée si chaque vote n'avait pas le même poids dans la balance. Toutefois, la tradition jurisprudentielle et législative est à l'effet que cette égalité n'a pas qu'une dimension quantitative; elle a aussi une dimension qualitative en ce sens que sont également pris en compte des intérêts communautaires variables. De toute façon, un découpage des circonscriptions qui viserait l'égalité quantitative absolue est pratiquement impossible. La situation peut, en

56. Voir Lawrence H. Tribe, *American Constitutional Law*, 2^e éd., Mineola, N.Y., Foundation Press, 1988, pp. 1063-1074; les arrêts principaux ont été *Baker c. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), *Reynolds c. Sims*, 377 U.S. 533 (1964), etc.

plus, se compliquer au niveau d'une législature fédérale à cause de certains impératifs constitutionnels. Ainsi, la loi fédérale stipule que la délimitation des circonscriptions repose sur la répartition de la population correspondant «dans la mesure du possible» au quotient obtenu en divisant par le nombre de sièges à pourvoir. Les écarts sont possibles en prenant en considération les éléments suivants:

- «(i) la communauté d'intérêts ou l'identité culturelle d'une circonscription électorale d'une province ou son évolution historique,
- (ii) le souci de faire en sorte que la superficie des circonscriptions dans les régions peu peuplées, rurales ou septentrionales de la province ne soit pas trop vaste»⁵⁷.

Sauf dans des circonstances considérées «comme extraordinaires» les écarts n'excèdent pas vingt-cinq pour cent.

Si l'on retrouve des variations importantes à l'intérieur de chacune des provinces, ces variations s'accroissent entre les provinces de telle sorte que ces distortions feront vraisemblablement l'objet de contestations⁵⁸.

La seule loi canadienne sur le découpage des circonscriptions à avoir été attaquée depuis la Charte est celle de la Colombie-Britannique⁵⁹. La Cour suprême de cette province a déclaré ces dispositions contraires à l'article 3 de la Charte qui implique l'égalité du pouvoir de vote⁶⁰. Toutefois, l'article 3 ne requiert pas l'égalité absolue; depuis 1867 au Canada, on a toujours assoupli l'égalité de représentation en tenant compte de facteurs géographiques et d'intérêts régionaux. Depuis la Charte on doit considérer que l'égalité est un idéal qui peut admettre des écarts justifiés:

«on the ground that they contribute to better government of the populace as a whole, giving due weight to regional issues within

57. *Loi sur la révision des limites des circonscriptions électorales*, S.R.C. 1985, c. E-3, modifié par c.6 (2^{ème} supp.), art. 2 b).

58. John C. Courtney, «Parliament and Representation: The Unfinished Agenda of Electoral Redistributions», (1988) 21 *Rev. Can. de Sc. Pol.* 675.

59. Sur l'ensemble, voir: Alan Stewart, «Constitutional Law-Right to Vote - Redistribution-Equality of Representation», (1990) 69 *R. du B. Can.* 355.

60. *Dixon c. British Columbia (P.G.)*, [1989] 59 D.L.R. (4th), 247 (J. McLachlin).

the populace and geographic factors within the territory government»⁶¹.

La Cour conclut que la loi contestée ne respectait pas ces principes. De façon générale, la majorité des lois canadiennes admettent un écart de plus ou moins 25%. Or, le résultat obtenu par l'application de la loi donnait à l'une des circonscriptions 15 fois plus de voteurs que la plus petite d'entre elles. On trouvait aussi des écarts allant de -86.8% à +63.2% de la moyenne provinciale. Des considérations géographiques ou régionales ne peuvent expliquer tous ces écarts même en Colombie-Britannique.

L'intérêt de cette première décision canadienne sur la question est qu'elle précise les exigences de l'article 3 de façon relativement souple, en affirmant qu'il appartient au législateur de faire ses choix. Cependant, le juge interviendra au nom de la Charte si les écarts ne se justifient pas par des considérations de représentation d'intérêts régionaux ou particuliers. La tâche de la Cour était d'autant plus facile, en l'espèce, qu'une Commission d'enquête avait en 1988 proposé une réforme qui respectait ces exigences.

4.2 LE RÉGIME DES PARTIS POLITIQUES

L'encadrement législatif de l'existence et du fonctionnement des partis, surtout en période électorale, concerne les articles 2, 3 et 15 de la Charte. Les réglementations trop rigoureuses peuvent gêner l'exercice du droit d'éligibilité, l'exercice des libertés d'opinion et d'expression, et l'égalité politique susceptible d'être protégée par l'article 15.

L'article 24 de la loi fédérale stipule que tout parti politique doit être enregistré et doit présenter cinquante candidats dans les délais prescrits; mais l'article 28 ajoute que le directeur général des élections peut lors d'une élection générale, radier du registre le parti qui n'a pas été représenté depuis la dernière élection par au moins douze députés.

On peut se demander si ces conditions ne sont pas trop restrictives et ne tendent pas trop à l'élimination des partis minoritaires. L'objectif du législateur est certes de valoriser l'expression électorale en ne retenant que les partis ayant suffisamment de consistance pour bénéficier des

61. *Id.* à la p. 267.

avantages que procure la loi aux partis reconnus; la loi décourage l'émergence de groupuscules. Le multipartisme est certes favorisé par l'idéal démocratique que véhicule la Charte, mais non pas l'instabilité politique qui résulte souvent de la multiplication des partis, d'ailleurs étrangère à notre évolution politique. Le nombre de cinquante candidats est-il déraisonnablement élevé? Il favorise, certes, l'émergence de partis d'envergure nationale, ce qui est normal dans un État fédéral. Peut-on en dire autant du parti qui ne réussit pas à faire élire douze députés? La question est assez épineuse car les avantages attachés au statut de parti enregistré sont considérables. Certes, le fait de ne pas être regroupé en partis reconnus n'empêche pas les candidats de toutes tendances politiques de briguer les suffrages et de bénéficier des avantages destinés à tout autre candidat. Il s'agit de candidats indépendants qui ont droit au remboursement de dépenses électorales, par exemple. Ils sont certes privés du support d'un parti reconnu, mais leurs droits politiques fondamentaux sont intacts.

Au Québec, la loi électorale prévoit qu'un parti peut voir son autorisation retirée par le directeur général des élections s'il ne présente pas dix candidats aux élections générales ou s'il ne se conforme pas aux exigences de la loi en matière de renseignements requis aux fins de mise à jour des registres de vérification ou d'acquittements de ses dépenses, etc. Ces dispositions de la loi ont été contestées en Cour supérieure parce qu'enfreignant la liberté d'expression protégée par l'article 2*b*) de la Charte. La Cour admet qu'il y a là restriction à une forme de liberté d'expression «au nom de la protection du public en matière de financement des partis politiques»⁶². Néanmoins, cette restriction est raisonnable et se justifie dans une société libre et démocratique:

«L'intégrité du processus électoral constitue une condition essentielle au maintien de notre société libre et démocratique. L'État a donc le devoir de veiller à protéger l'intégrité et la crédibilité de ses mécanismes électoraux. Les dispositions relatives au financement des partis politiques et à l'autorisation des partis politiques traduisent cette double préoccupation»⁶³.

La situation faite aux partis non reconnus est-elle discriminatoire au regard de l'article 15 de la Charte? En Ontario, où la loi électorale est

62. *Parti Union Nationale c. Côté*, [1989] R.J.Q., 2502, 2512 (J. Rousseau-Houle) (C.S. Qué.).

63. *Id.*

assez analogue à la loi fédérale, il y avait, en 1985, huit partis reconnus et vingt-sept non reconnus. Toutefois selon la loi ontarienne, un parti en émergence peut se faire reconnaître s'il produit une liste de dix mille signatures d'électeurs⁶⁴. La distinction que la loi fait entre partis reconnus et non reconnus est-elle discriminatoire, en ce sens qu'elle serait fondée sur des considérations politiques? Nous ne le croyons pas. Les exigences sont les mêmes pour tous les partis sans égard à leurs opinions, leurs programmes ou leurs doctrines. C'est plutôt au plan de la liberté d'expression en matière politique qu'il faut évaluer les interdictions faites aux partis non reconnus ainsi que les avantages qui leurs sont réservés: c'est sous cet angle que nous en traiterons.

4.3 LE PLAFONNEMENT ET LE CONTRÔLE DES DÉPENSES ÉLECTORALES

La loi électorale impose diverses restrictions aux dépenses électorales. La définition même du concept, la réglementation de la façon selon laquelle ces dépenses doivent être engagées, la vérification et le contrôle exigés par la loi restreignent à certains égards la liberté politique. Mais ce qui est le plus controversé c'est le plafonnement de ces dépenses effectuées soit par les candidats soit par les partis. Aux États-Unis, en 1976 la Cour suprême a jugé que ce plafonnement violait la liberté d'expression garantie par le Bill of Rights⁶⁵.

Cette question a tout d'abord été abordée au Québec en regard de l'article 3 de la Charte québécoise qui est quasi identique à l'article 2 de la Charte canadienne. La Cour supérieure⁶⁶, puis la Cour d'appel⁶⁷ ont considéré que la liberté d'expression ne comprend pas la liberté de faire des dépenses à sa guise pour s'exprimer.

Cette conception restrictive semble difficilement compatible avec l'interprétation libérale qu'a donnée la Cour suprême depuis 1984 à la notion «d'expression» dans plusieurs de ses arrêts.

47. Keith D. Ewing «The Funding of Political Parties in Ontario», (1989) 27 Osgoode Hall L.J. 27,35.

65. *Buckley c. Valeo*, 424 U.S.1, 96 S.Ct. 612 (1976).

66. *Roberge c. Québec (P.G.)*, C.S. Montréal, no 500-05-0004628-804 16 avril 1980; *Boucher c. C.E.Q.*, [1982] C.S.P. 1003.

67. *Roberge c. Québec (P.G.)*, C.A. 18 nov. 1987, C.A.M. 09-000175-828.

La Cour Banc de la Reine de l'Alberta n'eut pas de difficulté, en 1984, à conclure que toute limitation aux dépenses électorales concerne la liberté d'expression⁶⁸. On contestait devant elle la validité des dispositions de la loi électorale fédérale qui interdisent à toute autre personne que les candidats et partis politiques de faire des dépenses électorales au sens de la loi. L'argumentation du Gouvernement était que le législateur, se fondant sur le Comité Barbeau et le Comité Chappel, avait afin d'améliorer le système électoral, limité les dépenses électorales des candidats et des partis. Cet objectif serait complètement détruit si les tiers pouvaient engager de telles dépenses de façon illimitée. La Cour se contenta de répondre qu'il ne lui appartenait pas de considérer s'il n'y avait pas d'autres moyens d'atteindre le même objectif et qu'il ne lui appartenait pas de réécrire la législation pour la rendre conforme à la Charte. Elle annula les articles 70 et 72 et la loi.

Cette décision est, à notre avis, d'une très grande faiblesse. Certes le juge n'avait pas le bénéfice de l'arrêt *Oakes*. Car si l'on applique aujourd'hui le test de l'arrêt *Oakes*, on peut difficilement arriver à une conclusion semblable. La disposition contestée est non seulement rationnelle, mais c'est la seule qui soit appropriée à l'atteinte de l'objectif du législateur par le moyen principal envisagé, soit le plafonnement des dépenses électorales. Or dans cette affaire, ce n'était pas le plafonnement qui était contesté, mais le fait que seuls les partis et les candidats puissent faire des dépenses électorales.

La loi québécoise, comme d'ailleurs les autres lois électorales, prévoit un régime de contrôle et de vérification des dépenses des partis et candidats. La Cour supérieure du Québec a décrété que ces dispositions restreignent, certes, la liberté d'expression politique mais sont justifiées par la nécessité pour l'État de maintenir «l'intégrité du processus électoral»⁶⁹.

4.4 LE FINANCEMENT DES CANDIDATS ET DES PARTIS

Comme il est admis depuis longtemps que les élections ne se font pas sans argent qui est, là comme ailleurs, le nerf de la guerre, deux questions se sont soulevées ces dernières décennies: la question du financement public des candidats et partis ainsi que celle du contrôle des

68. *National Citizen's Coalition Inc. c. Canada (P.G.)* (1984), 11 D.L.R. (4th) 481.

69. *Parti Union Nationale c. Côté*, *supra*, note 58.

contributions provenant des particuliers, des entreprises, des syndicats ou du grand public.

4.4.1 LE FINANCEMENT GOUVERNEMENTAL

Cette question a été étudiée par la Cour suprême des États-Unis en 1976, dans *Buckley c. Valeo*⁷⁰. La Cour a conclu à la validité constitutionnelle de la disposition prévoyant le financement de certaines dépenses électorales à même les fonds publics, la qualifiant ainsi:

«a congressional effort, not to abridge, restrict, or censor speech, but rather to use public money to facilitate and enlarge public discussion and participation in the electoral process, goals vital to a self-governing people»⁷¹.

La loi électorale du Manitoba contenant une telle disposition a été contestée en 1985. La Cour du Banc de la Reine, puis la Cour d'appel de la province ont rejeté le pourvoi.⁷² La Cour d'appel s'est majoritairement appuyée sur la jurisprudence américaine. Elle estima que le fait pour l'État d'affecter ainsi des fonds publics, n'équivalait pas à requérir des citoyens des contributions obligatoires destinées à telle ou telle fin spécifique: le gouvernement a la responsabilité d'affecter des fonds à d'innombrables programmes qui plaisent ou déplaisent. D'autre part, le fait que les fonds publics supportent l'expression d'opinions minoritaires n'a pas pour effet d'inciter la majorité à adhérer à ces opinions: chacun reste libre d'y adhérer ou non. En un mot, la liberté d'opinion garantie par la Charte n'est pas affectée par le fait que l'État accorde une aide financière raisonnable à l'expression de tendances politiques variées.

La Cour suprême du Canada a subséquemment rejeté le pourvoi mais sans se prononcer vraiment sur la question⁷³. Elle a estimé qu'aucun élément de preuve n'a été présenté à l'appui de cette plainte. L'appelant n'a pas établi les conséquences préjudiciables découlant de la prétendue violation de la Charte par la législature: il n'avance que des hypothèses ou conjectures.

70. *Supra*, note 61.

71. *Id.* à la p. 670.

72. *Re MacKay and Manitoba* (1985), 19 D.L.R. (4th) 185 (Man. Q.B.), (1985) 24 D.L.R.(4th) 587 (Man. C.A.).

73. *MacKay c. Manitoba (P.G.)*, [1989] 2 R.C.S. 357.

À notre avis, il est difficile de qualifier ce genre de législation comme constituant une atteinte à la liberté d'opinion. Il s'agit d'une mesure poursuivant un objectif valable et légitime mais dont l'effet est neutre en ce qui concerne l'État: celui-ci n'impose aucun dirigisme et n'exclut pas a priori quelque tendance politique que ce soit.

Enfin, il faut tenir compte qu'une telle mesure législative s'inscrit dans un ensemble cohérent qui comprend l'enregistrement des partis politiques, la réglementation et le plafonnement des dépenses électorales et, dans certaines provinces, des restrictions aux contributions politiques.

Au Québec, la loi de 1989⁷⁴ reconduit un système créé il y a une quinzaine d'années sous le nom de «financement public des partis politiques». Il s'agit d'une allocation aux partis politiques autorisés, déterminée par le directeur général des élections, qui «vise à rembourser les partis des frais engagés pour leur administration courante, pour la diffusion de leur programme politique et pour la coordination de l'action politique de leurs membres»⁷⁵. Ces partis doivent être autorisés et se qualifier en termes de pourcentage des votes obtenus. Ces contributions sont limitées et l'allocation n'est acceptable que pour les frais réellement engagés.

4.4.2 LES CONTRIBUTIONS POLITIQUES

L'idée de limiter et de contrôler, à certains égards, les contributions politiques et électorales est venue de la volonté du législateur d'assainir les mœurs politiques et électorales et de valoriser l'expression politique de façon plus égalitaire.

La *Loi électorale* québécoise⁷⁶ de 1989 contient toute une réglementation des procédés de contributions à des fins politiques en faveur des partis et des candidats. Deux idées dominent cette réglementation: premièrement, seul un électeur peut contribuer et à même ses propres biens; deuxièmement, les contributions sont plafonnées à \$3000 par année civile en faveur de chaque parti et candidat indépendant.

La première idée vise à interdire les contributions corporatives et syndicales et à favoriser le financement populaire des partis et candidats;

74. L.R.Q. 1989, c. 1, art. 81 à 86.

75. *Id.*, art. 83.

76. L.Q. 1989, c. 1, art. 87 à 101.

cela implique, à certains égards, une certaine divulgation de la provenance des contributions.

La Cour suprême des États-Unis s'est prononcée sur une question similaire dans l'arrêt *Bellotti*⁷⁷ par une majorité de 5 contre 4. Il s'agissait d'une loi du Massachusetts qui interdisait toute contribution ou dépense corporative lors d'un référendum, à moins que le sujet intéresse particulièrement la corporation contributrice. Le gouvernement prétendait que la participation des corporations exerçait une influence indue sur l'issue du référendum et, à la fin, détruirait la confiance du peuple dans le processus démocratique et l'intégrité du gouvernement. La Cour répondit ceci:

«[As we noted in *Buckley*] the concept that government may restrict the speech of some elements of our society in order to enhance the relative voice of others is wholly foreign to the First Amendment (...) the people in our democracy are entrusted with the responsibility for judging and evaluating the relative merits of conflicting arguments. They may consider in making their judgment, the source and credibility of the advocate. But if there be any danger that the people cannot evaluate the information and arguments advanced by [corporations], it is a danger contemplated by the Framers of the First Amendment⁷⁸.

La Cour ajoute toutefois que le gouvernement pouvait démontrer que la participation des corporations «threatened imminently to undermine democratic processes, thereby denigrating rather than serving First Amendment interests, these arguments would merit our consideration»⁷⁹.

Tout comme la Cour suprême canadienne dans *Mackay*⁸⁰, la Cour américaine n'exclut pas la possibilité d'une contestation de ce genre de législation à condition que l'on présente un dossier étoffé. Ici, il appartient au gouvernement de démontrer que les contributions corporatives faussent vraiment le processus démocratique et constituent une menace imminente à l'intégrité de ce processus.

77. *First National Bank of Boston c. Bellotti*, 435 U.S. 765, 98 S.Ct. 1407 (1978)

78. *Id.* aux pp. 1423-1424.

79. *Id.* à la p. 1423.

80. *Supra*, note 69.

Si l'on applique le test de l'arrêt *Oakes*, le gouvernement doit démontrer que l'interdiction absolue des contributions corporatives est de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question, et que les effets de cette mesure sont proportionnels à l'objectif poursuivi. Or suivant l'exigence posée par la Cour, le gouvernement arrivera difficilement à convaincre la Cour qu'il ne peut arriver aux mêmes fins par des moyens moins draconiens. Elle raisonnera vraisemblablement comme elle l'a fait dans l'arrêt *Ford*⁸¹. La réponse implicite qui se dégage c'est que le législateur pourrait tenter de circonscrire, de plafonner, de réglementer les contributions corporatives plutôt que de les interdire complètement. L'Ontario a, à cet égard, une législation qui nous paraît respectueuse de la Charte: la loi n'interdit pas les contributions corporatives et syndicales mais les plafonne et prévoit des normes destinées à prévenir les évasions⁸².

La question de savoir si une corporation peut faire des contributions politiques sans l'assentiment de ses actionnaires ou contre leurs convictions, de même que celle de savoir si un syndicat accrédité peut distraire, en faveur des partis politiques, les fonds syndicaux recueillis par retenue obligatoire suivant la formule Rand, ne sont pas régies directement par la législation électorale; aussi nous ne l'étudierons pas expressément. Cette question concerne la liberté politique des individus face au pouvoir corporatif ou syndical⁸³.

4.5 LA PUBLICITÉ ÉLECTORALE

Trois dispositions de la loi fédérale actuelle traitent de la publicité électorale. L'article 157 interdit d'utiliser, le jour du scrutin, un système de sonorisation ou de haut-parleurs à des fins électorales sur un véhicule ou à portée de voix d'un bureau de scrutin. L'article 158 interdit d'afficher ou d'exhiber en tout endroit à l'intérieur ou à l'extérieur du bureau de scrutin tout matériel électoral, enseigne, étiquette, affiche, etc. Enfin, en vertu de l'article 159, le scrutateur peut expulser d'un bureau de scrutin toute personne qui enfreint ces dispositions et faire enlever du bureau tout

81. *Supra*, note 18.

82. *Supra* note 4, p. 37 ss.

83. Dans le cas des syndicats, la question a été étudiée dans *Re Lavigne and Ont. Public Service Employee Union* (1986), 29 D.L.R. (4th) 321, (1989) 67 O.R. (2d) 536 (Ont. C.A.). En droit du travail canadien, la retenue obligatoire des cotisations syndicales chez tous les travailleurs et le monopole syndical ont été jusqu'ici jugés compatibles avec la Charte.

objet utilisé en dérogation de ces dispositions. Des sanctions pénales sont prévues en cas de violation.

Ces dispositions limitent le droit à la liberté d'expression de l'article 2 de la Charte, mais l'objectif poursuivi peut facilement être considéré comme important: il s'agit de favoriser l'expression électorale sans la moindre pression. S'agit-il d'une mesure trop radicale et disproportionnée par ses effets, par rapport à l'objectif poursuivi? Certes, la mesure est radicale, mais l'objectif est tellement important que tout doit être mis en oeuvre pour assurer en toute quiétude la démarche et le choix de l'électeur. D'autre part, les candidats et les partis ont eu toute la campagne électorale pour utiliser ces moyens de propagande. De plus, le jour même du scrutin ils peuvent continuer par des contacts personnels leur travail de persuasion de l'électeur.

À notre avis, le gouvernement peut facilement démontrer que les articles 157 et 158 de la loi se justifient dans le cadre d'une société libre et démocratique. De toute façon, l'interdiction de toute publicité électorale le jour du scrutin est profondément inscrite dans nos moeurs politiques. Il importe de mentionner que par publicité électorale, l'article 158 n'englobe pas la publication dans la presse ou la diffusion dans les médias de messages comportant des opinions politiques ou un appui à un parti ou un candidat, ou aux opinions politiques de ces derniers.

Il faut faire une nette distinction entre la publicité et le discours politique ordinaire, couvert par la liberté de reportage ou la liberté éditoriale, suivant les termes utilisés par la Haute Cour de justice de l'Ontario dans une décision de 1988⁸⁴. La liberté d'expression en matière politique a été consacrée par la jurisprudence constitutionnelle bien avant la Charte de 1982⁸⁵. Depuis 1982, la Cour suprême a eu à se prononcer sur la liberté du discours commercial⁸⁶ et sur la liberté de la presse dans divers domaines, notamment le domaine judiciaire⁸⁷. Si une certaine réglementation de la publicité électorale s'impose et se justifie dans le

84. *Trieiger c. Canadian Broadcasting Corp.* (1988), 66 O.R. (2d) 273, 278 (J. Campbell).

85. *Re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100.

86. Voir Clare F. Beckton, «Liberté d'expression» dans Gérald A. Beaudoin et Edward Ratushny (dir.), *op. cit.*, note 1, pp. 225-259; aussi Neil Finkelstein et Brian McLeod Rogers (dir.), *Charter Issues in civil cases*, Toronto, Carswell 1988; voir notamment l'arrêt *Ford c. Québec (P.G.)*, *supra*, note 18.

87. Allen M. Linden et Philip Anisman (dir.), *The Media, The Courts and The Charter*, Toronto, Carswell 1986; voir *Edmonton Journal c. Alberta (P.G.)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Canadian Newspapers Co. c. Canada (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 122.

cadre d'une société libre et démocratique, il en va tout autrement du discours politique ordinaire.

4.6 LA COMMUNICATION AUDIO-VISUELLE

La loi électorale fédérale contient une vingtaine d'articles sur «les émissions politiques» ou «political broadcasts» c'est-à-dire la radiodiffusion et télédiffusion d'émissions politiques en période électorale (articles 303 à 322). Ces dispositions renvoient toutefois à la *Loi sur la radiodiffusion* et à ses règlements d'application⁸⁸. La *Loi sur la radiodiffusion* déclare que le système canadien doit sauvegarder, enrichir et renforcer la structure politique du Canada, favoriser le droit à la liberté d'expression d'opinions divergentes sur des sujets d'intérêt public, etc. La loi confère au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes le pouvoir de réglementer les normes des émissions et l'attribution du temps d'antenne pour donner effet à ces objectifs. Le Conseil peut également par règlement régir la nature de la publicité et le temps qui peut y être consacré, fixer la proportion du temps d'antenne pouvant être consacrée à la radiodiffusion de messages publicitaires, d'annonces politiques ou d'émissions de nature partisane, ainsi que déterminer la répartition équitable de ce temps entre les partis politiques et les candidats. Le règlement de 1987 sur la télédiffusion⁸⁹ ajoute qu'«au cours d'une période électorale, un diffuseur doit répartir équitablement entre les différents partis politiques accrédités et les candidats rivaux (...) le temps consacré à la radiodiffusion d'émissions, d'annonces ou d'avis qui exposent la politique d'un parti». Enfin, le C.R.T.C. a émis le 2 septembre 1988 un énoncé de politique dans lequel il précise que l'équité s'applique à la durée des émissions, à l'horaire, à l'auditoire possible, à la langue, à la couverture des questions et à leur traitement, ainsi qu'aux prix⁹⁰.

Ces deux derniers textes ont été contestés au cours de la campagne électorale de novembre 1988 par le chef du Parti Vert qui n'avait pas été invité à participer à un débat des chefs des trois grands partis canadiens. La Haute Cour de l'Ontario rejeta la demande d'injonction, logée d'ailleurs l'avant-veille du débat télévisé, pour deux

88. S.R.C. 1985, c. B-9.

89. (1987) 121 *Gaz. Can.* II, 343, DORS 87-49, art. 8; voir au même effet le règlement sur la radiodiffusion de 1987.

90. C.R.T.C., Avis public n. 88-142 et Circulaire n. 334.

raisons⁹¹. Premièrement, la plainte devrait relever en premier lieu du C.R.T.C., chargé par la loi de voir si les télédiffuseurs ont agi avec équité. Deuxièmement, la Charte, invoquée par le requérant, garantit le droit à la liberté d'expression mais non celui de requérir la propriété d'autrui pour véhiculer ses opinions. Se fondant sur la jurisprudence de la Cour fédérale⁹², ainsi que sur un arrêt de la Cour suprême des États-Unis⁹³, le juge estime que la Constitution ne confert pas un droit d'accès aux médias. Enfin, comme le débat télévisé résulte d'un accord négocié entre certaines grandes chaînes et les trois grands partis, une intervention judiciaire en l'espèce serait une interférence directe dans le débat politique, notamment en dictant aux télédiffuseurs ce qu'il est opportun de diffuser, et en imposant aux chefs politiques de débattre avec des personnes qu'ils n'auraient pas choisies.

La Cour n'a pas fermé complètement la porte à une contestation appropriée, mais sur la base d'un dossier mieux étoffé. Elle a cependant rejeté sommairement un autre argument fondé sur l'article 15 de la Charte, soit le droit à l'égalité.

Le règlement du C.R.T.C. se borne à imposer la règle de la répartition équitable en faveur des partis accrédités et des candidats. La *Loi électorale*, pour sa part, oblige en période électorale, les radiodiffuseurs à libérer pour achat un total de six heures et demi de temps d'émission, aux heures de grande écoute, en faveur des partis enregistrés. Un système d'arbitrage est prévu. La loi prévoit aussi du temps d'antenne gratuit. Les partis enregistrés sont seuls bénéficiaires de ces avantages. Il s'agit là d'une question qui devra faire l'objet de reconsidération en regard de l'ensemble de la jurisprudence de la Cour suprême sur l'article 15.

CONCLUSION

Une campagne électorale nationale au Canada c'est une vaste opération qui dure 50 jours, met en présence quelque 1600 candidats dans 295 circonscriptions, sur un immense territoire, implique 110 000 recenseurs, un personnel électoral considérable et un budget public de \$30 millions. Parallèlement, dans chacune des dix provinces et dans les deux territoires fédéraux, une opération analogue se déclenche tous les

91. *Supra*, note 80.

92. *Re: New Brunswick Broadcasting Co. c. C.R.T.C.*, [1984] 2 C.F. 410 (C.F.A.).

93. *Colombia Broadcasting System Inc. c. F.C.C.*, 453 U.S. 367 (1981).

quatre ans, sinon plus souvent. Les lois électorales qui encadrent ces vastes opérations ont été modernisées et ajustées aux exigences contemporaines, mais la Charte constitutionnelle de 1982 soulève d'autres questions qui n'ont pas encore été complètement élucidées, même si la réflexion progresse.

La question de l'octroi du droit de vote aux prisonniers, aux juges et aux handicapés mentaux ne devrait pas tellement soulever de difficultés en vue d'une réforme imminente de la *Loi électorale*. À notre avis, la suppression du droit de vote chez tous les prisonniers de même que chez les criminels est contraire à la Charte.

Comme l'a soutenu le juge Marshall de la Cour suprême des États-Unis, retirer le droit de vote à ceux qui sont pratiquement hostiles à l'ordre établi afin qu'ils n'aient aucune influence politique «strikes at the very heart of the democratic process»⁹⁴.

Une seule exception nous paraît légitime, celle des personnes condamnées pour manœuvres électorales frauduleuses. La loi devrait identifier expressément ces infractions ou permettre au juge de les qualifier ainsi; la perte du droit de vote pour une période déterminée devrait être encourue par l'effet de la loi. D'ailleurs, cette condamnation devrait faire encourir la perte du droit de se porter candidat et de se livrer à un travail partisan pendant la même période.

Quant à l'ensemble de la population carcérale, la loi doit prévoir l'aménagement de l'exercice du droit de vote ainsi que les situations exceptionnelles où cela ne serait pas possible. Pour ce qui est du cas des handicapés mentaux, la loi devrait retenir le critère de la capacité effective pour l'électeur d'exercer par lui-même un choix sans assistance. Les handicapés mentaux de même que les personnes confuses pour raison d'âge ou autre conservent leur droit de vote mais c'est à eux de l'exercer personnellement par une demande lucide. La situation est essentiellement différente des handicapés physiques qui peuvent avoir besoin d'assistance: le scrutateur ou l'agent qui assiste l'électeur ne fait qu'exécuter l'ordre donné par ce dernier.

94. *Richardson c. Ramirez*, 418 U.S. 24, 94 S.Ct. 2655, 2685 (1974) : le juge Marshall était cependant dissident dans cette affaire.

Quant aux conditions d'exercice de suffrage, telle la résidence, l'inscription sur les listes électorales, l'absence temporaire du lieu de résidence, le vote par anticipation, nos législations de même que le projet de loi C-79 nous paraissent comporter des normes acceptables au regard de la Charte. Le vote des absents n'existe au fédéral que dans le cas des militaires et du personnel diplomatique; le Québec vient de l'étendre en 1989 à l'ensemble des québécois vivant ou en déplacement à l'étranger, mais à certaines conditions. Il nous paraît évident que la Charte n'impose pas au législateur de permettre aux Canadiens en déplacement aux quatre coins de la planète d'exercer leur droit de vote. On s'est apitoyé sur le sort des quelques 500 000 Canadiens qui vont l'hiver se faire dorser sous le soleil de la Floride ou des Antilles... Si le législateur veut permettre dans des conditions raisonnables et efficaces l'exercice du suffrage par les absents, cela l'honore, mais il n'appartient pas au juge constitutionnel de l'imposer.

Le droit d'éligibilité et de candidature est consacré par la Charte mais il est normal que les juges et les députés provinciaux ne puissent briguer les suffrages. La situation des fonctionnaires est différente. Nous avons conclu que l'octroi d'un congé électoral s'impose pour l'ensemble des fonctionnaires, sous réserve de certains aménagements quant à la réintégration dans la fonction publique au terme d'un tel congé.

Pour valoriser l'expression électorale, les législateurs contemporains ont imaginé un régime juridique des partis politiques: le régime fédéral actuel nous paraît assez conforme à la Charte. Les législateurs ont aussi imposé un plafonnement des dépenses électorales. À notre avis, la loi actuelle comporte des mesures rationnelles et proportionnées à l'atteinte des objectifs légitimes du législateur.

Le financement public de certaines dépenses électorales des partis et candidats ne constitue pas, à notre avis, une atteinte à la liberté d'opinion. Cette mesure s'inscrit dans un ensemble cohérent qui comprend l'enregistrement des partis, la réglementation et le plafonnement des dépenses électorales. L'objectif du législateur est valable et la mesure a un effet neutre en ce qui concerne l'État; celle-ci n'implique aucun dirigisme et n'exclut a priori aucune tendance politique.

Le contrôle des contributions politiques, notamment l'interdiction des contributions émanant des corporations ou des syndicats, soulève une difficulté au regard de la liberté d'expression consacrée par la Charte. À notre avis, l'interdiction absolue a de fortes chances d'être jugée contraire

à la Charte, parce que non proportionnelle à l'objectif poursuivi par le législateur. Si l'on se réfère à l'esprit de la jurisprudence récente de la Cour suprême, l'interdiction absolue pourrait être jugée trop radicale. Cette question devrait faire l'objet d'études plus approfondies.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LE DROIT AU SECOURS DANS LA PROVINCE DU QUÉBEC

Auteur(s) : Alain KLOTZ

Revue : *RDUS*, 1990-1991, volume 21, numéro 2

Pages : **479-509**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13444>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13444>

Page vide laissée intentionnellement.

LE DROIT AU SECOURS DANS LA PROVINCE DU QUÉBEC

par Alain KLOTZ*

Fait unique en Amérique du Nord, la législature québécoise inscrit, en 1975, un droit au secours dans le chapitre des libertés et droits fondamentaux de la Charte des droits et libertés de la personne.

Dans ce qui suit, nous analysons en détail la portée générale de ce droit fondamental ainsi que l'obligation qu'il entraîne.

Nous soumettrons une façon d'harmoniser l'obligation de porter secours de l'article 2 de la Charte avec la législation existante, notamment avec l'article 1053 C.c..

Après étude des carences relevées dans l'obligation de porter secours, nous en proposons des amendements concrets.

Since 1975, the Quebec Charter of Rights and Freedoms contains a unique fact in North American legislation: the right to be rescued if one's life is in danger.

In what follows, we will provide a detailed analysis of the rights and duties deriving from this legislation.

We will submit a way of balancing out the obligation to bring succour (in article 2 of the Charter of rights) with the existing legislation, particularly the article 1053 C.c.

After close scrutiny of the shortcomings inventoried in this obligation to bring succour, we propose some concrete amendments.

*. Bachelier en droit et en rédaction de thèse de maîtrise en droit de la santé de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. L'auteur aimerait remercier, en premier lieu, monsieur le juge Jean-Louis Baudouin, alors professeur à l'Université de Montréal, pour ses encouragements et sans qui ce texte n'aurait pas vu le jour. Merci également aux professeurs André Morel de l'Université de Montréal et François Tôth de l'Université de Sherbrooke qui m'ont fait d'appréciables observations.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	481
I ANALYSE DE L'ARTICLE 2 DE LA CHARTE	486
A) Généralités	486
B) L'étendue de l'obligation de secours	488
C) La limite à l'obligation de secours	495
II UTILITÉ D'UN DROIT AU SECOURS	501
A) La faute d'omission contenue à l'article 1053 C.c.	501
B) Coexistence des articles 2 de la Charte et de 1053 C.c.	505
III CRITIQUES DE L'ARTICLE 2 ET CHANGEMENTS PROPOSÉS	508
A) Les carences	508
B) Les changements proposés	514
CONCLUSION	515

INTRODUCTION

Le droit au secours peut paraître une évidence à laquelle tout le monde convient de nos jours. Au Canada, le caractère sacré de la vie, enchassé dans les différentes chartes¹, semble ancré dans l'esprit de tous. Même avant cela, la religion et la morale en ont toujours fait un commandement suprême. De plus, à l'intérieur des cadres professionnels, plusieurs lois et codes d'éthique imposent des obligations de secours et d'assistance en plus du respect de la vie et de l'individu². Médecins, infirmiers et infirmières ou autres professionnels de la santé, tous sont sensibilisés au caractère sacré de la vie et aux obligations d'assistance et de protection qui en résultent.

Hormis la célèbre affaire *St-Germain* dans laquelle un généraliste de garde à l'urgence de l'hôpital Fleury avait refusé de traiter un patient cirrhotique amené par ambulance, vomissant du sang, sous prétexte d'un manque de lit disponible, les cas de médecins refusant de porter secours à un patient sont relativement rares dans la jurisprudence québécoise³.

Qu'en est-il en dehors du cadre professionnel? Des faits divers qui nous arrivent, certains révèlent une sordidité qui n'enlève pourtant rien à leur véracité. Ainsi, le 12 mars 1983, dans la ville de New Bedford, État du Massachussetts, une femme est violentée deux heures durant devant le patron et les clients d'un bar sans qu'aucun d'eux ne fasse quoi que ce soit pour secourir la victime. Les autorités ne furent même pas appelées sur les lieux⁴. Tous assistèrent apparemment passifs; on oserait même dire

-
1. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U, c. 11)], art. 7; *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 1.
 2. L'article 23 du *Code des professions*, L.R.Q., c. C-26 prévoit la constitution de corporations professionnelles dans le but de protéger le public; l'article 4 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-5, assure à toute personne le droit aux services de santé et aux services sociaux; l'article 2.03.01 du *Code de déontologie des médecins*, R.R.Q., 1981, c. M-9, r.4, parle du respect de la vie, et l'article 2.03.47 du même code impose au médecin un devoir de secours envers son patient en danger; l'article 43 de la *Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q., c. P-35, stipule une obligation à un établissement ou à un médecin de fournir des soins ou des traitements au patient dont la vie est en danger; l'article 2 de la *Loi de la protection du malade mental*, L.Q., 1972, c. 44, prévoit une aide au malade mental en danger; l'article 219 C.cr. criminalise l'omission à un devoir légal.
 3. *St-Germain c. R.*, [1976] C.A. 185, ici le refus de service et de secours constituait une infraction prévue à l'article 219 C.cr. Voir aussi, *Services de santé et services sociaux-10*, [1983] C.A.S., 851; *Zuk c. Mihaly*, J.E. 89-1307 (C.S.).
 4. Diane KIESEL, «Who Saw This Happen?», (1983) 69 A.B.A. J. 1208.

«moralement complices» si ce n'était que le terme complice n'est pas facilement accepté⁵.

La création d'un état d'urgence, mettant la vie d'un voisin en danger, oblige-t-elle à apporter l'assistance et le savoir faire nécessaires pour l'aider? Peut-on impunément regarder quelqu'un se noyer sans agir? Avons-nous le droit d'assister à l'agonie d'un blessé sans essayer de poser les premiers gestes de survie ou d'obtenir du secours? Dans ces cas, existe-t-il un droit au secours créant une obligation d'aide?

Jusqu'en 1975, sous l'influence de la Common Law, l'obligation de secours, au Canada, échappe à l'emprise du droit. En fait, le droit anglais ne reconnaît aucune obligation générale de secourir un étranger peu importe les circonstances⁶. Sa devise est que le droit ne s'occupe pas de morale et, qu'à ce titre, chacun doit assurer sa propre sécurité et ne rien attendre de personne⁷. Le rôle du droit serait d'empêcher les gens de se nuire mais non de les encourager à s'entraider⁸. En fait, il s'agit d'un système basé sur un ensemble de valeurs doctrinales élevées au rang de conception économique prônant l'individualisme à l'extrême comme secret de la réussite⁹. Tout le monde serait libre d'agir comme bon lui semble quand il s'agit de secourir autrui même quand il s'agit de viol devant un public plus voyeur que passif¹⁰, de coups mortels donnés en présence de 38 témoins inactifs¹¹, de noyades qui auraient pu être évitées par des moyens existants sur les lieux¹².

-
5. En droit canadien, ne pas intervenir pour empêcher un crime, se comporter en spectateur passif n'est pas en soi une infraction à la loi. Voir: *Dunlop et Stanley c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 881, 892; Dans *Regina c. Salajko*, [1970] 1 C.C.C. 352,353.(C.A.Ont.) la Cour d'appel de l'Ontario va plus loin: n'est pas considéré comme un encouragement actif le fait d'assister, pantalons baissés (sic), à un viol collectif. Tout au plus, pourrait-il s'agir d'un encouragement passif non répréhensible en droit criminel!
 6. William L. PROSSER, *Law of Torts*, 4th Ed. St-Paul, West publishing Co, 1971, p. 340; Allen M. LINDEN, «Rescuers and Good Samaritans», (1971) 34 *Modern Law Review* 241.
 7. Robert Justin LIPKIN, «Beyond Good Samaritans and Moral Monsters: An Individualistic Justification of The General Legal Duty to Rescue»,(1983-84) 31 *UCLA L. Rev.* 252, 293; *Corothers c. Slobodian*, (1973) 36 D.L.R.(3d) 597 (C.A. Sask.). Dans cet arrêt, la Cour d'appel de la Saskatchewan déboutait l'action en réparation intentée par une automobiliste blessée alors qu'elle tentait d'arrêter un camion afin de secourir les victimes d'un accident de la route dont elle venait d'être témoin.
 8. A. L. GOODHART, «Rescue and Voluntary Assumption of Risk», (1934-35) 5 *Cambridge L.J.* 192, 203.
 9. Francis H. BOHLEN, «The Moral Duty to Aid Others as a Basis of Tort Liability», (1908) 56 *U. Pa. L. Rev.* 217.
 10. *Supra*, note 5.
 11. L'affaire *Genovese* citée par D. Kiesel, *loc. cit.*, note 4.
 12. Beverly Anne SEAGRAVES, «The Duty to Rescue in California: A Legislative Solution?»,(1983-84) 15 *Pacific L.J.* 1261, 1265.

Les tribunaux, aux États-Unis¹³, ainsi qu'au Canada¹⁴, n'ont pas accepté de sanctionner ces graves manquements à la règle la plus élémentaire de toute entité intelligente vivant en société: le secours. L'influence de la Common Law, bien que critiquée¹⁵, demeure forte aux États-Unis¹⁶ et au Canada¹⁷ sauf dans la province du Québec¹⁸.

À la fin du siècle dernier, les cours canadiennes de justice n'hésitaient pas à comparer le sauveteur occasionnel à un individu qui ne se mêlait pas de ses affaires, à un personnage offrant son propre sacrifice en s'exposant noblement et intentionnellement au danger qu'il avait recherché par sa conduite personnelle en tant que sauveteur négligent pour lui-même¹⁹. En fait, l'acceptation tacite des risques par le sauveteur est souvent alléguée pour lui refuser tout dédommagement.

Le concept du droit au secours n'est pourtant pas nouveau. L'ancienne Égypte et l'Inde en auraient fait une obligation voici quelques millénaires²⁰. Certains pays ont très tôt légiféré sur la question²¹. Plus tard, d'autres États fédérés en ont fait autant en réaction à l'indifférence scandaleuse et révoltante du public devant les meurtres qui se produisaient sous leurs yeux²².

C'est en 1975 que le Québec décide de rompre avec la tradition britannique. La province va de l'avant à l'occasion d'un important

13. *Id.* voir aussi D. Kiesel, *loc. cit.*, note 4.

14. *Dunlop c. La Reine*; R. c. *Salajko*, précités, note 5; R. J. LIPKIN, *loc. cit.*, note 7, 291.

15. James Barr AMES, «Law and Morals», (1908) 22 *Harv. L. Rev.* 97; Sam B. WARNER, «Duty of a Railroad Company to Care for a Person it Has Without Fault Rendered Helpless», (1919) 7 *Cal. Law Rev.* 312; Warren A. SEAVEY, «I Am Not My Guest's Keeper», (1960) 13 *Vand. L. Rev.* 699; W. L. PROSSER, *op. cit.*, note 6.

16. F. H. BOHLEN, *loc. cit.*, note 9; W. L. PROSSER, *op. cit.*, note 6. Malgré cette influence, certains états comme le Vermont et le Minnesota ont légiféré en faveur d'un droit général de secours: *infra*, note 22.

17. *Corothers c. Slobodian*, précité note 7. L'Alberta et La Nouvelle-Ecosse ont cependant adopté une loi pour le Bon Samaritain en 1969, sans pour autant créer une obligation spécifique de secours. Terre-Neuve leur emboîte le pas en 1971, voir annexe p. 1 à 3.

18. Le 28 juin 1976, le droit au secours entrait en vigueur au Québec sous la forme d'une obligation d'assistance à personne en danger de mort, *infra*, note 38.

19. *Anderson c. Northern Railway of Canada*, (1876), 25 U.C.C.P., 301, rapporté et commenté dans: Allen M. LINDEN, «Down with Foreseeability! of Thin Skulls and Rescuers», (1969) 47 *Can. Bar Rev.* 545, 560.

20. F.J.M. FELDBRUGGE, «Good and Bad Samaritans», (1965-66) 14 *Am. J. Comp. L.* 630.

21. *Id.*, p. 635: dès 1845, le Code criminel russe faisait état d'un droit au secours.

22. Par exemples, le Vermont en 1967 adopte un «Duty to Aid»: *Duty to Aid the Endangered Act*, Vt. Stat. Ann. Tit. 12, No. 519 (1967). Le Minnesota a amendé en 1983 un texte déjà existant pour créer un «Duty to Assist»: *Good Samaritan Law*, ch. 319, 1983 Minn. Sess. Law Serv. 2329.

développement législatif dans le domaine des droits individuels et des libertés de la personne. Se distinguant nettement des législateurs des autres provinces canadiennes, le législateur québécois inscrit le droit au secours à l'article 2 de la *Charte des droits et libertés de la personne* le 27 juin 1975²³, suivant ainsi, en partie, la recommandation que formulait, dès 1966, l'Office de révision du Code civil²⁴.

Nous allons étudier en détail la portée générale de ce droit au secours ainsi que l'obligation qu'il entraîne pour tous.

Certaines critiques sont allées jusqu'à considérer l'article 2 de la *Charte* superflu puisqu'une faute d'omission est déjà incluse à l'article 1053 C.c.²⁵. Nous analyserons ce point de vue.

Les faiblesses de l'article 2 de la *Charte* seront relevées et dans le souci d'une critique positive, nous en proposerons une nouvelle rédaction.

I ANALYSE DE L'ARTICLE 2 DE LA CHARTE

A) Généralités

Nous aimerions tout d'abord rappeler que la *Charte des droits et libertés de la personne*, qui enchâsse le droit au secours à son article 2, s'inscrit dans une philosophie civiliste. Nous éviterons donc de faire référence ou d'emprunter des solutions à d'autres systèmes juridiques afin de mieux puiser dans notre droit civil. Celui-ci diffère de la Common Law par son aptitude à régler même des situations spécifiques, non prévues par le texte de la loi grâce à une rédaction générale et impersonnelle.

Dans l'étude qui suit, lorsqu'il a fallu donner une portée au texte de l'article 2 de la *Charte québécoise*, nous avons jugé plus juste de nous inspirer de la jurisprudence et de la doctrine françaises, abondantes dans le domaine de l'assistance à une personne en danger, puisque les principes de droit civil français nous sont connus. Le manque de doctrine et de

23. *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 1.

24. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport du comité des droits civils*, Montréal, 1966, pp.13-14.

25. Francine DROUIN BARAKETT et Pierre-Gabriel JOBIN, «Une modeste loi du bon samaritain pour le Québec», (1976) 54 *Can. Bar Rev.* 290, 293 et s..

jurisprudence québécoises sur le droit au secours et l'obligation qui en découle ne nous laissait guère le choix.

Notre Cour d'appel respecte ce principe en ajoutant que le droit civil est suffisamment complet en lui-même pour n'avoir pas à emprunter des solutions aux systèmes de droit étrangers²⁶. Nous utiliserons donc, à l'occasion, des réflexions, arguments ou jugements propres au droit français qui est le plus proche du nôtre. D'ailleurs, l'article 2 de la *Charte* ressemble étrangement à l'article 63 al.2 du *Code pénal français* qui impose une obligation de porter secours à une personne en danger²⁷.

Rappelons enfin que dans notre système fédéral, c'est le gouvernement central qui a seul compétence en droit criminel²⁸. Ainsi, en principe, le non-respect de l'obligation de porter secours ne peut entraîner autre chose que des recours civils à la charge de l'auteur de l'omission fautive²⁹. Cependant, la *Charte* s'est donné une certaine autonomie par rapport au droit commun en prévoyant à son article 49 des dommages exemplaires en cas d'atteinte illicite et intentionnelle à un droit qu'elle proclame, ou d'une violation délibérée à ses principes. De plus, par l'intermédiaire du *Code criminel canadien*³⁰, l'omission à une obligation imposée par une loi, tant fédérale que provinciale, peut entraîner, selon la nature de l'infraction, une négligence criminelle³¹. En d'autres termes, même si la province n'a pas voulu renforcer l'obligation de secours contenue dans l'article 2 de sa *Charte* en y prévoyant une sanction pénale spécifique par le truchement de l'article 87³², une telle sanction pourrait exister par le

26. *Dodds c. Schierz*, [1986] R.J.Q. 2623 (C.A.), voir particulièrement aux pages 2629-2630, M. le juge Monet fait des réserves quant à l'utilisation, en droit civil, des règles juridiques de la Common Law, même quand elles émanent de la Cour Suprême du Canada; Dans l'arrêt *Chouinard c. Landry*, [1987] R.J.Q. 1954, (C.A.), M. le juge Lebel abonde dans le même sens.

27. DALLOZ, *Code pénal*, Paris, Dalloz, 1989-90, Art. 63 al. 2: «quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ni pour les tiers il pouvait lui prêter, soit par son action personnelle, soit en provoquant du secours».

28. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.- U., c.3, art. 91(27).

29. Au niveau de la peine encourue, le Québec se compare difficilement avec les pays unitaires comme la France qui eux, ont directement criminalisé l'omission de porter secours en prévoyant des peines de prison et des amendes dans la disposition constitutive de l'obligation elle-même. L'impact coercitif en est certainement plus grand que la simple possibilité de créer des infractions de type réglementaire aux conséquences pénales prévues à l'article 87 de la Charte québécoise.

30. Art. 219 C.Cr..

31. *St-Germain c. R.*, précité, note 3; *R. c. Fortier*, *infra*, note 98.

32. L'article 87 prévoit un recours spécifique, en cas de contravention à certaines dispositions de la *Charte*, pouvant donner lieu à une condamnation suivant la *Loi sur les poursuites sommaires*, L.R.Q., c. P-15.

biais de la négligence criminelle prévue à l'article 219 C.cr.³³. En fait, malgré ses faiblesses majeures, telles que nous les présenterons dans un chapitre ultérieur, nous remarquons qu'à l'inverse de certaines croyances³⁴, l'article 2 n'est pas entièrement dépourvu de moyens coercitifs.

La *Charte* est quasi constitutionnelle³⁵; elle occupe la première place au sommet de la hiérarchie des normes provinciales. Elle s'applique à tout le monde, gouvernement y compris³⁶. En conséquence toute personne se trouvant sur le territoire de la province du Québec est assujettie à l'obligation de secours prévue à l'article 2 de la *Charte*. Cela comprend les étrangers comme les citoyens canadiens de naissance ou par naturalisation, ainsi que les Indiens, malgré la compétence fédérale sur ceux-ci³⁷.

B) L'étendue de l'obligation de secours

L'article 2 prévoit que:

«Tout être humain dont *la vie est en péril* a droit au secours.
Toute personne doit porter secours à celui dont *la vie est en péril*, personnellement ou en obtenant du secours, en lui apportant l'aide physique nécessaire et immédiate, à moins d'un risque pour elle ou pour les tiers ou d'un autre motif raisonnable»³⁸. (Les italiques sont de nous.)

La *Charte* crée une obligation de secours à la personne dont *la vie* est en péril. Dans ce cas, l'omission est un délit formel pourvu que *la vie* de la victime, et non son intégrité physique, ait été directement en péril! Ce n'est malheureusement qu'à cette condition que la victime aura un droit au secours³⁹. Il doit évidemment s'agir d'un danger grave, aux conséquences mortelles⁴⁰. Il est logique que l'abstention cesse d'être

33. R. c. Fortier, *infra*, note 98.

34. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 30ème législature, 2ème session, vol. 15, n° 79, pp. 2741 et s. (12 novembre 1974).

35. Henri BRUN et GUY TREMBLAY, *Droit constitutionnel, (supplément)*, Cowansville, Editions Yvon Blais Inc., 1985, p. 67.

36. Art. 54 de la *Charte*: «la Charte lie la Couronne».

37. H. BRUN, «La Charte des droits et libertés de la personne: domaine d'application», (1977) 37 *Rev. du B.* 179, 185-186; *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(24).

38. *Charte des droits et libertés de la personne*, art. 2. Cet article n'entrait cependant en vigueur par proclamation que le 28 juin 1976.

39. *Infra*, «les carences de la loi».

40. Le déséquilibre potentiel d'un enfant dont la garde serait confiée à un père homosexuel en voie de changer de sexe, ne serait pas, selon nous, une cause suffisante pour alléguer le droit au secours, ceci étant dit avec respect à l'adresse d'un jugement rendu par le Tribunal de la Jeunesse: *Protection de la jeunesse-169*, [1985] T.J., 2011; Dans *Gaudreault c. Drapeau*, (1988) 45 C.C.L.T. 202, (C.S.) nous ne voyons pas de danger grave aux conséquences mortelles pouvant enclencher une obligation de secours dans

délictuelle si la personne en danger a succombé avant qu'il n'ait été possible de lui porter secours: un mort n'est plus «celui dont la vie est en péril» que vise l'article 2 de la *Charte*; un mort n'est plus «une personne». En d'autres termes, le péril ne doit pas s'être déjà réalisé au moment où un tiers arrive sur les lieux et on ne pourrait reprocher à quiconque de ne pas secourir celui qui n'en a plus besoin, le danger auquel il était exposé s'étant pleinement réalisé. C'est la conclusion à laquelle arrive un tribunal français⁴¹ alors qu'il avait à juger le conducteur d'une automobile ayant pris la fuite après avoir écrasé un cycliste. La cour refusa de lui imputer le délit d'omission, étant donné que le cycliste avait été tué sur le coup et n'avait, de ce fait, plus besoin de secours. Rappelons cependant que, dans le contexte d'un accident de la route, au Québec, le nouveau *Code de sécurité routière*, entré en vigueur le 29 juin 1987, oblige le conducteur d'un véhicule routier impliqué dans un accident à rester sur les lieux et à fournir l'aide nécessaire à toute personne qui a subi un dommage⁴². Le *Code de sécurité routière* crée de toute évidence une obligation de secours supérieure à celle stipulée par la *Charte*⁴³.

Il nous semble que, dans l'appréciation de ce fameux péril à la vie, l'obligation de secours augmente quand il s'agit d'un médecin qui croise sur son chemin une personne en danger de mort, ou qui est appelé d'urgence sur les lieux d'un grave accident. Si l'omission de porter secours du simple passant sans connaissance médicale peut être due à son manque de perspicacité face à l'appréciation du péril ou de l'urgence de l'intervention, il ne pourrait en être de même quand cette omission émane de celui qui, de par sa profession, est certainement plus compétent pour poser un diagnostic et donner des soins efficaces⁴⁴.

«Tout être humain dont la vie est en péril a droit au secours. Toute personne doit porter secours à celui dont la vie est en péril, personnellement ou en obtenant du secours, en lui apportant

la bagarre à mains nues que deux dames se livrent suite à une rixe familiale. Avec tout le respect qu'il se doit, la cour n'a-t-elle pas confondu le concept de personne en péril (intégrité physique) avec celui de vie en péril que requiert l'obligation de secours?

41. Trib. corr. Poitiers, 27 avril 1950, J.C.P. 1950.II.5618.

42. Article 168 du *Code de la sécurité routière*, L.R.Q., c. C-24.2 (sanctionné le 18 décembre 1986, entré en vigueur le 29 juin 1987, (1987) 119 G.O. 11, 3494).

43. Le *Code criminel* réprimande aussi le délit de fuite à l'article 252.

44. Cass.crim., 31 mai 1949, J.C.P. 1949.II.4945 (Note J. MAGNOL); la position du médecin est plus critique quand la coutume est de se faire soigner à domicile. En France par exemple, un tiers des décisions publiées impliquent les médecins dans des poursuites pour omission de porter secours: Gilles LEVASSEUR *2ième Congrès de morale médicale*, Paris, 1966, t.1, p.64, cité dans J. PENNEAU *La responsabilité médicale*, Paris, Ed. Sirey, 1977, p. 74, note 1.

l'aide physique nécessaire et immédiate, à moins d'un risque pour elle ou pour les tiers ou d'un autre motif raisonnable»⁴⁵. (Les italiques sont de nous.)

Par sa rédaction, nous pensons que l'article 2 impose une action directe au secouriste qui se doit d'agir d'abord en personne, quand cela est possible, ou en obtenant du secours. La conjonction «ou» dans le texte de l'article 2 n'ouvre pas, selon nous, une alternative évidente ou un choix sans préséance au devoir de secours. C'est le choix de la personne raisonnable qu'il faut retenir pour évaluer la conduite à suivre selon le cas. En effet, un sauveteur prudent et diligent qui constate un péril constant, précis et immédiat, n'aura guère d'option. Il devra, s'il le peut sans risque pour lui ou les tiers, agir par lui-même et vite, car s'il se borne à obtenir du secours au lieu de secourir concrètement, cela pourrait équivaloir à une omission de porter secours «*en apportant l'aide physique nécessaire et immédiate*» telle que stipulé dans la loi. Celui qui verrait un homme en train de s'immoler par le feu, devrait aussi agir immédiatement en essayant d'éteindre le feu au lieu d'aller obtenir du secours; il en est de même pour celui qui, pouvant transporter un blessé grave d'une région éloignée, se bornerait juste à prévenir les secours de la ville la plus proche au lieu d'agir dans le meilleur intérêt du blessé⁴⁶.

Il est heureux qu'une telle option soit prévue, car dans certains cas d'accidents en milieu urbain, obtenir du secours serait préférable à une intervention maladroite. Le but est de secourir, non d'achever, celui dont la vie est en péril. Le but n'est pas non plus de prévenir un danger. Pour que naisse l'obligation, il faut l'existence préalable d'une situation donnant ouverture à un péril de mort imminent pour la personne à secourir: un état d'urgence certain. Un citoyen qui, voulant éviter que quelqu'un ne s'électrocute avec un câble électrique pendant au-dessus de la route, accrocherait un sac afin d'avertir les automobilistes du danger, serait plus imprudent que bon Samaritain, surtout si suite à cette manoeuvre, il s'électrocute lui-même⁴⁷.

Dans l'affaire *Carignan c. Boudreau*⁴⁸, le juge Chevalier estime que, pour s'appliquer, le droit au secours requiert un état d'urgence qui n'existait pas dans le cas d'un enfant qui craignait de redescendre du toit sur lequel il était monté.

45. *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 1, art. 2.

46. Trib. corr. Bayeux, 22 juin 1954, D.1954.Jur.603-604.

47. *Girard c. Hydro-Québec*, J.E. 84-392 (C.S.) et [1987] R.L. 168 (C.A.).

48. [1987] R.L. 257 (C.A.), à la page 262.

Par contre, l'état d'urgence existe lorsqu'une personne est victime d'un arrêt cardiaque; le médecin se trouvant sur les lieux ne peut refuser de porter secours sous aucun prétexte⁴⁹.

Nous ferons état, dans un chapitre ultérieur, d'une faiblesse à l'obligation de secours qui ne prévoit que l'aide physique immédiate et non l'aide morale et préventive dans le cas d'un candidat au suicide par exemple⁵⁰. Nous voyons ici une volonté du législateur à vouloir régler des cas urgents créés par l'état de nécessité découlant d'un accident ou d'une catastrophe aussi imprévue que soudaine. C'est dans ce cadre bien précis que «*l'aide physique nécessaire et immédiate*» est à donner:

«Tout être humain dont la vie est en péril a droit au secours. Toute personne doit porter secours à celui dont la vie est en péril, personnellement ou en obtenant du secours, en lui apportant *l'aide physique nécessaire et immédiate*, à moins d'un risque pour elle ou pour les tiers ou d'un autre motif raisonnable»⁵¹. (Les italiques sont de nous.)

Il nous est difficile, en effet, d'attribuer une telle obligation d'aide *physique, immédiate* et *sans risques* dans le cadre d'une requête pour consultation de dossier⁵², d'une requête en vue d'obtenir l'autorisation de pratiquer une intervention chirurgicale⁵³, d'une action en responsabilité d'un psychiatre à la suite du suicide de sa patiente⁵⁴ ou dans le cadre de la garde d'un enfant par son père homosexuel⁵⁵.

Il nous semble que dans ces trois jugements, le contexte n'est pas approprié à l'obligation de secours:

Dans l'affaire *Goyette*⁵⁶, le juge accorde une requête pour autorisation de pratiquer une intervention chirurgicale sur une enfant de 26 mois atteinte

49. *Zuk c. Mihaly*, précité, note 3.

50. *Infra*, «les carences».

51. *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 1, art. 2.

52. *Droit de la famille-140*, [1984] T.J. 2049.

53. *In Re enfant Maude Goyette et le Centre de Services Sociaux du Montréal Métropolitain*, [1983] C.S. 429.

54. *Cloutier c. C.H.U.L.*, [1986] R.J.Q. 615 (C.S.).

55. Dans le jugement *Protection de la jeunesse-169*, précité, note 40, il s'agissait de la capacité parentale d'un père homosexuel. Avec respect, il semble que le juge Rivet ait élargi les effets de l'article 2 de la *Charte* en incluant, faussement, le péril de l'intégrité physique ou morale: ici, une des conditions exigées par la loi faisait défaut, selon nous, à moins que le juge ne considère qu'un enfant est en danger de mort si la garde en est confiée à un parent homosexuel!?

56. Précité, note 53.

de troubles cardiaques et du syndrome de Down. Les parents refusaient l'opération alléguant la qualité de vie future de l'enfant. À notre avis, il n'était pas nécessaire ni approprié de citer l'article 2 de la *Charte* à l'occasion de ce jugement; l'article premier stipulant le droit à la vie, l'article 30 C.c. protégeant l'intérêt de l'enfant, l'article 42 de la *Loi sur la protection de la santé publique*⁵⁷ et l'article 38 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁵⁸ étaient suffisants pour décider du cas.

Dans *Droit de la famille-140*⁵⁹, il a été jugé que le droit à la vie et son corollaire, l'obligation de porter secours prévue à l'article 2 de la *Charte*, doivent avoir préséance sur le principe de la confidentialité dans les limites nécessaires pour sauver la vie d'une enfant adoptée et atteinte de leucémie. Dans cette affaire, il fallait absolument communiquer avec les parents naturels afin de tenter une greffe de moelle osseuse prise à même un frère ou une soeur de l'enfant. Avec respect, nous soumettons que l'article 2 de la *Charte* ne vise pas ce genre de situation, du moins quand d'autres dispositions y sont plus spécialement applicables. Or, dans le cas présent, l'article premier de la *Charte* et les articles 631 C.c.Q. et 30 C.c. étaient suffisants et plus appropriés que l'obligation générale de "bon samaritain" pour atteindre le but recherché. D'aucuns auraient pu prétendre, vu la hiérarchie des normes, que seul l'article 2 de la *Charte* pouvait contrer le principe fondamental du respect de la vie privée de l'article 5. Mais c'est oublier que les libertés et droits fondamentaux doivent s'exercer dans le respect du bien-être général des citoyens du Québec⁶⁰, et qu'à ce titre, les articles attitrés du Code civil ont préséance.

Enfin, dans l'affaire *Cloutier*⁶¹, un psychiatre était poursuivi en dommages-intérêts à la suite du suicide de sa patiente. Encore là, le devoir du médecin devant le péril de mort de son client est énoncé et prévu dans les lois édictées, appropriées et spécifiques au contexte médical⁶². Nous comprenons difficilement l'utilité de l'article 2 de la *Charte* dans un contexte professionnel aussi bien règlementé.

À propos des trois jugements ci-dessus, nous pensons qu'il est plus sage d'exercer les recours spécifiques existants avant d'invoquer le droit au secours prévu dans la *Charte*. Ce droit a été inséré dans un but

57. L.R.Q., c. P-35.

58. L.R.Q., c. P-34.1.

59. Précité, note 52.

60. *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 1, art. 9.1.

61. Précitée, note 54.

62. *Supra*, «Introduction».

autre; pour répondre à un besoin bien spécial et non pour remplacer ou écarter les articles déjà existants, lesquels sont appropriés aux situations apparaissant dans le domaine hospitalier ou dans un cadre professionnel.

Par sa formulation même:

«[...] en lui apportant l'aide *physique* nécessaire et *immédiate* à moins d'un *risque* pour elle ou pour les tiers». (Les italiques sont de nous.)

et par son historique, l'article 2 s'adresse d'abord et indéniablement à l'état de nécessité provoqué par une urgence en dehors du milieu hospitalier et pour régler les problèmes de civisme que pose le désintéressement du sort d'autrui, particularité de notre époque, et non aux situations décrites dans ces trois derniers jugements. Il reste qu'un visiteur ou toute autre personne non professionnelle de la santé, circulant dans un centre hospitalier seraient assujettis à l'obligation de secours avant toute chose puisque, dans ce cas, aucune loi spécifique ne s'applique à eux. D'un autre côté, si la jurisprudence et une certaine doctrine⁶³ continuent à étendre l'obligation d'assistance de la *Charte* aux professionnels oeuvrant dans les services de santé, nous aurons alors la réponse à une des questions qui se posaient au premier symposium sur la médecine et le droit, tenu à l'Université de Montréal en 1975, au lendemain de l'adoption de la *Charte des droits et libertés*:

«Does the Bill extend existing obligations imposed on hospitals and medical personnel to render aid in emergency situations»⁶⁴?

Personnellement, il nous semble que ce serait dévaloriser l'esprit de la *Charte* que de l'alléguer dans des situations où la législation déjà existante suffit.

C) La limite à l'obligation de secours

Pour qu'une loi atteigne le but que s'est fixé le législateur, il faut qu'elle soit acceptable dans son application. Pour ce faire, il existe une dérogation à l'obligation de secours:

63. Sandra ROGERS MAGNET, «The Right to Emergency Medical Assistance in the Province of Quebec», (1980) 40 *Rev. du B.* 373; Alain BERNARDOT et Robert P. KOURI, *La responsabilité civile médicale*, Sherbrooke, Les Editions Revue de droit Université de Sherbrooke, 1980, n° 251, pp. 169-170.

64. Jean-Louis BAUDOUIN et William F. FOSTER, «La médecine et le droit: nouveaux aspects de la responsabilité civile médicale», (1975) 10 *R.J.T.* 6, 7.

«Tout être humain dont la vie est en péril a droit au secours. Toute personne doit porter secours à celui dont la vie est en péril, personnellement ou en obtenant du secours, en lui apportant l'aide physique nécessaire et immédiate, *à moins d'un risque pour elle ou pour les tiers ou d'un autre motif raisonnable*»⁶⁵. (Les italiques sont de nous.)

Malheureusement, ni la nature du risque envisagé par la loi pour se soustraire à l'obligation de secours, ni la valeur du «motif raisonnable», ne sont précisés, laissant ainsi aux tribunaux la tâche d'interpréter les dispositions pouvant excuser une omission de secours⁶⁶. Cette dérogation est importante et permet de constater que personne n'est obligé à l'héroïsme; quant aux tiers, il ressort clairement de la loi qu'on a voulu les protéger des risques qu'ils pourraient encourir à l'occasion d'un sauvetage.

Au sujet du sauveteur, et afin de donner une certaine portée à l'obligation de secours, il nous semble que le risque encouru par lui doit être sérieux. L'appréciation de ce risque comporte quelques difficultés, cette notion étant différente d'un individu à un autre, eu égard à sa condition physique et ses antécédents. Le cascadeur professionnel pourra-t-il alléguer le risque que représentait pour lui le fait d'avoir à courir sur une étroite corniche suspendue à cinq mètres au-dessus du sol pour y déloger un couvreur qui, ayant glissé dans le vide, s'est retenu agrippé au bord de la corniche? Le juge devra-t-il introduire la considération du *in concreto* pour arriver à la conclusion que l'homme normal moyen a peur du vide et que cinq mètres représentent un risque sérieux alors que pour le cascadeur le risque est une notion qui ne se transige raisonnablement qu'au-dessus de 10 mètres?

Qu'en est-il du péril créé par la même personne qui est ensuite seule en état de porter secours? En d'autres termes, a-t-on le devoir de secourir la personne même que l'on vient de blesser de ses propres mains? Le remords suivant immédiatement le geste, porter secours à la victime mourante représenterait un risque de taille: celui d'être démasqué et poursuivi.

65. *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 1, art. 2.

66. Pour une étude approfondie sur les modes d'interprétation de la Charte québécoise, voir à ce sujet: Alain-François BISSON, «La Charte québécoise des droits et libertés de la personne et le dogme de l'interprétation spécifique des textes constitutionnels», (1986) 17 R.D.U.S. 18.

Quelle est la valeur du motif raisonnable que le législateur semble avoir voulu inclure à tout prix à l'article 2 *in fine*? S'agit-il de la norme de «l'homme raisonnable» (conformité au modèle de la personne raisonnablement prudente et diligente) de l'article 1053 C.c.? Si c'était le cas, l'obligation de secours s'en trouverait renforcée car, à bien y penser, il existerait peu de motifs permettant de se dégager de l'obligation de secourir une vie. S'agit-il d'un motif raisonnable d'un autre ordre, comme celui inclus dans l'ancien *Code pénal allemand* de 1870 à l'article 330 et repris dans le nouveau *Code* de 1975 à l'article 323 c) qui parle de «ne pas enfreindre d'autres devoirs importants» pendant le déroulement du secours⁶⁷? Il pourrait aussi s'agir de motifs dégagés par la jurisprudence française à propos de l'obligation de secours du médecin qui n'est pas sur les lieux de l'accident. Pour éviter à ce dernier d'être souvent dérangé pour des choses insignifiantes, on lui reconnaît le droit d'apprécier, sous le seul contrôle de la connaissance des règles de l'art de sa profession exercée avec conscience, l'utilité, l'urgence et le bien-fondé de son intervention⁶⁸. Évidemment, cette prérogative n'existerait pas pour celui qui, appelé à l'aide, n'est pas médecin et ne saurait évaluer une situation de péril à la vie sur de simples indications transmises à distance.

La brutalité malade d'un conjoint méchant et sadique serait-elle, un «motif raisonnable» pour ne pas appeler une ambulance alors que celui-ci s'est mortellement empoisonné par accident?

Le refus d'un établissement de recevoir un blessé grave, acheminé par ambulance, à cause d'un manque de ressources, constitue-t-il un «motif raisonnable» au sens de l'article 2 de la *Charte*?

Le risque de se faire poursuivre pour voies de fait à la suite de la pose d'un garrot salvateur sur la personne d'un blessé de la route qui, étant conscient, refusait d'être touché serait-il un motif raisonnable⁶⁹?

67. La Cour d'appel a récemment dit que le fait de secourir une personne en détresse n'autorise personne à devenir son complice pour commettre un délit, en l'occurrence un méfait public: *Ryel c. Procureur général du Québec*, J.E. 90-232 (C.A.). La question reste entière quant à savoir si on peut commettre un méfait pour secourir une personne en danger de mort certain, sans être poursuivi.

68. Cass. crim., 31 mai 1949, D. 1949.Jur.347.

69. La personne humaine est inviolable: Art. 19 C.c.; Il est intéressant de remarquer que l'article 13 du *Projet de loi 125, infra*, note 124 stipule qu'aucun consentement n'est requis pour soigner une personne dont la vie ou l'intégrité physique sont menacés si un consentement ne peut être requis en temps utile.

Le risque d'être poursuivi pour pratique illégale de la médecine représente-t-il un «motif raisonnable» pour ne pas poser un geste de survie considéré comme «acte médical»⁷⁰? En effet, au cours de l'aide apportée à une personne dont la vie est en péril, il se peut qu'un geste dit «médical» soit porté afin de soulager ou sauver quelqu'un. L'éloignement de tout centre hospitalier et le facteur temps sont des incitatifs à poser de tels actes médicaux. Or, l'exercice de la médecine englobe un champ d'activités particulièrement vaste⁷¹ et va du diagnostic d'une simple fièvre à tout traitement ou suggestion de traitements possibles: pratiquer la respiration artificielle, aider à un accouchement, faire un simple massage, donner un sédatif, faire une injection ou un acte plus complexe mais connu du sauveteur...

Considérons un instant que ce sauveteur a fait ses études de médecine à l'étranger. L'Ordre des médecins ayant refusé de l'inscrire au tableau de l'Ordre, le dilemme serait de taille. Ce secouriste professionnel devra-t-il alléguer le «motif raisonnable» de l'article 2 de la *Charte* pour excuser son refus de poser un acte médical néanmoins connu de lui et seul secours valable dans le cas soumis⁷², ou enfreindre la *Loi médicale* car l'acte qu'il s'apprête à poser est moins illégal que l'abstention? Soit le moindre des deux maux, une nécessité, une obligation hautement morale qui en plus correspondrait à la notion de personne diligente de l'article 1053 C.c., la vie étant au-dessus de tout, la personne diligente agit; et la personne raisonnablement prudente, que fait-elle? La question ne se posera plus si, un jour, la loi prévoit l'immunité du sauveteur⁷³.

On pourrait aussi alléguer que le législateur n'a pas nuancé dans l'article 2 de la *Charte* comme le fait l'article 323(c) du *Code pénal de la*

70. Les médecins exercent une profession d'exercice exclusif: *Code des professions*, précité, note 2, art. 31 et 32.

71. En vertu de 31 al. 2 de la *Loi médicale*, L.R.Q., c. M-9, l'exercice de la médecine ne peut se faire que par des médecins dûment inscrits au tableau de l'Ordre des médecins tel que prévu à l'article 2 de la *Loi médicale* et ainsi que régi par le *Code des professions*, *id.*

72. Entre autres, donner un antidote, pratiquer une trachéotomie ou même fournir une pilule de nitroglycérine à la personne en état de crise cardiaque.

73. *Infra*, «Les changements proposés». Il est à noter que pour la première fois la Cour supérieure s'est indirectement penchée sur ce problème: *Raïche c. Corporation professionnelle des médecins du Québec*, [1989] R.J.Q. 1495, 1501 (C.S.). Il s'agissait d'un «naturo-thérapeute» poursuivi pour pratique illégale de la médecine. Le juge André Biron, dans une savante réflexion sur la portée des articles 31, 43 et 45 de la *loi médicale*, arrive à la conclusion que n'importe qui serait exempté des sanctions de la loi si, pour sauver une personne, il fallait poser un acte réservé aux médecins seuls.

République fédérale d'Allemagne qui oblige le sauveteur à ne pas enfreindre «d'autres devoirs importants» pendant qu'il porte assistance. L'article 9.1 de la *Charte* pourrait-il avoir le même effet⁷⁴?

Un accident fait naître un état d'urgence. C'est souvent une course contre la montre, il faut agir vite; le sauveteur potentiel a-t-il vraiment le choix ou le temps de peser le pour et le contre? Cet état d'urgence fait naître des prérogatives qui lui permettraient, selon nous, d'agir sans se préoccuper des conséquences légales des gestes que la situation l'obligerait à poser. L'homme raisonnable ne laisse pas mourir quelqu'un sous prétexte que l'acte de survie connu de lui est réservé aux médecins dûment inscrits au tableau de l'Ordre.

À propos de l'état d'urgence, le professeur Michel Vasseur de l'Université de Lille arrive à la conclusion suivante:

«[...] il est permis de se demander si toutes les règles de forme ne sont pas susceptibles d'être écartées en cas d'urgence»⁷⁵.

En France, l'urgence aurait donc une fonction d'éviction de tout ce qui fait obstacle à la réalisation rapide du résultat recherché.

Au Québec, l'urgence, en droit médical, apparaît comme revêtue d'une fonction dérogatoire à la règle de la loi ou du contrat, elle est source d'un droit d'exemption⁷⁶.

Aux É.-U., la notion d'urgence fait appel à la nécessité d'agir et vite:

74. L'article 9.1 de la *Charte* rappelle que les droits fondamentaux doivent s'exercer dans le respect de l'ordre public et du bien-être général.

75. Michel VASSEUR, «Urgence et droit civil», (1954) 52 *Rev. Trim. dr. civ.* 405, 420 *in fine*.

76. Roger NERSON, «Urgence et droit médical», (1975) 10 *R.J.T.* 13. *Code de déontologie des médecins*, précité, note 2, art. 2.03.28; Voir aussi les articles 27, 34, 41 et 47 du *Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements*, (1984) 116 G.O. II, 2745, qui traitent des dérogations que l'urgence et la nécessité apportent aux politiques d'admission élaborées par un conseil régional; A. BERNARDOT et R. P. KOURI, *op. cit.*, note 63, n° 23, p. 14, n° 207, p. 137, n° 254, p. 171; *Projet de loi 125, infra*, note 124, art. 13.

«The concept of emergency has been employed in the field of tort law to refer to an unforeseen combination of circumstances calling for spontaneous action to avoid an imminent danger»⁷⁷.

Nous devons logiquement conclure que celui qui porte secours, remplissant de ce fait un devoir imposé par une loi quasi constitutionnelle, ne devrait pas avoir à s'inquiéter des règles de forme, ni de tout ce qui pourrait faire obstacle à la réalisation du sauvetage d'une vie.

Selon certaines critiques, l'article 2 serait une disposition superflue car superposée à une faute d'omission déjà élaborée par la jurisprudence à partir de l'article 1053 C.c.⁷⁸. Nous vérifierons ce qu'il en est au juste et si vraiment un devoir général statutaire de secours est redondant, voire inutile en droit québécois.

II UTILITÉ D'UN DROIT AU SECOURS

A) La faute d'omission contenue à l'article 1053 C.c.

L'article 1053 C.c. est certainement la disposition de droit civil la plus connue en tant que pilier de la responsabilité civile délictuelle. On a déjà dit à son sujet qu'il constituait à lui seul «une véritable Charte des droits»⁷⁹. Nous sommes tous responsables pour les actes fautifs dommageables que nous posons si, ce faisant, nous sommes sains d'esprit. Quand on parle d'acte, on vise le fait actif, positif, définissable, descriptible: la commission, par opposition à l'abstention, à l'inaction.

En fait, lorsque la loi impose un devoir, nous sommes d'accord pour admettre la responsabilité en cas de manquement à ce devoir⁸⁰, le contraire serait surprenant. Mais qu'en est-il de l'omission de poser un acte qui aurait pu empêcher la réalisation d'un dommage quelconque?

77. «Good Samaritans and Liability for Medical Malpractice», (1964) 64 *Colum. L. Rev.*, 1301, 1309.

78. F. DROUIN BARAKETT et P.G. JOBIN, *loc. cit.*, note 25, p. 293 et s.

79. Madeleine CARON, «Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne ?», (1978) 56 *Can. Bar Rev.* 196, 199.

80. M.A. SOURDAT, *Traité de la Responsabilité*, t.1, Paris, Editions Marchal et Billard, 1887, n. 442, p. 493.

Nous savons que l'article 1053 C.c couvre les cas d'omission⁸¹, non pas l'omission à un devoir légal spécifique, comme le serait celle d'un médecin refusant de soigner un malade arrivé à l'urgence en ambulance⁸², mais bien l'omission au devoir général de se comporter en personne avisée, prudente et diligente selon la norme objective de la responsabilité civile.

Le fait de n'avoir pas porté secours à la personne dont l'intégrité morale et physique est en danger serait constitutif de faute selon les termes de l'article 1053 C.c. puisque, de l'avis du professeur André Nadeau, il ne fait aucun doute que les fautes d'abstention y sont implicitement incluses avec la même force que les autres fautes positives de commission.⁸³ La faute d'omission consisterait à ne pas intervenir pour empêcher la réalisation d'un acte dommageable.

Cependant, le contraire est aussi soutenu, et l'omission à «aucun» devoir ou obligation *spécifique* d'agir selon la loi ne pourrait être fautive:

«C'est donc seulement lorsqu'il y a devoir pour une personne, [...] quand l'obligation lui est imposée par une loi [...], qu'il y a de sa part faute d'omission et responsabilité du fait dommageable»⁸⁴.

«[...] la faute suppose en effet [...] que le fait omis était ordonné par la loi»⁸⁵.

À maintes reprises les tribunaux ont affirmé que l'omission ne peut entraîner de responsabilité civile tant qu'il n'y a pas, pour celui auquel on l'impute, l'obligation d'accomplir le fait omis. Ainsi, la Cour de cassation française a déjà dit:

«Une simple abstention ne saurait constituer un quasi-délit [...] lorsque le fait dont l'omission est relevée ne constitue pas une obligation civile»⁸⁶.

81. *Traité de droit civil du Québec*, t.8, par André NADEAU, Montréal, Wilson et Lafleur, 1949, n° 54, pp. 35-36.

82. *St-Germain c. R.*, précité, note 3.

83. A. NADEAU, *op.cit.*, note 81, n° 55, pp. 36-37.

84. M.A. SOURDAT, *op. cit.*, note 80.

85. P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil Canadien*, t. 5, Montréal, Ed. Théoret, 1901, p. 333.

86. Cass. civ., 28 octobre 1935, D. 1935.Jur.537.

Cette approche n'est pas étrangère à la Cour d'appel du Québec⁸⁷. La Cour suprême du Canada a aussi eu l'occasion de se prononcer sur le sujet:

«Il me semble que cette obligation [celle d'alerter les pompiers] ne lui est imposée ni par la loi, ni par "les rapports nécessaires des hommes. [...] L'intimée n'avait pas par la loi l'obligation de faire ce qu'on lui reproche d'avoir omis. "»⁸⁸.

Dans ce dernier cas, la Cour est unanime à dire que la défenderesse (une compagnie fournissant un service de surveillance de gicleurs) n'avait pas l'obligation d'alerter les pompiers à la suite du début d'incendie éteint par les gicleurs qu'elle avait sous surveillance électronique. Avec respect, il nous semble que cela relève du domaine de la responsabilité délictuelle comme constitutif de faute par omission, cause d'un dommage aux termes de l'article 1053 C.c. Dans le cas présent, des dégâts importants avaient été occasionnés par l'écoulement de l'eau des gicleurs que seuls les pompiers pouvaient fermer s'ils avaient été appelés à temps⁸⁹.

La faute est le fondement de la responsabilité civile, la clef de voûte du système: la responsabilité sans faute n'est pas prévue à l'article 1053 C.c. La faute consisterait justement dans cette abstention (par exemple de porter secours), contraire aux devoirs de prudence et de diligence. D'après le professeur Jean-Louis Baudouin, il n'est pas pour autant indispensable que ce devoir soit spécifique pour qu'il y ait faute:

«[...] l'obligation générale de se comporter en personne prudente et diligente contenue à l'article 1053 C.c. est, à notre avis, suffisante pour fonder une faute d'abstention, en l'absence d'une disposition légale ou réglementaire, *touchant l'activité particulière que devait avoir le débiteur*»⁹⁰. (Les italiques sont de nous.)

87. *Beauport (ville de) c. Laurentide Motel LTD.* [1986] R.J.Q 981, 997, renversé par [1989] 1 R.C.S. 705.

88. *Alliance Assurance Co. et Al. c. Dominion Electric Protection Co.*, [1970] R.C.S. 168, 171 et 173.

89. A ce sujet, il est intéressant de relever que le *Code pénal norvégien*, dans son obligation de secours, édicté à l'article 387(2), prévoit une obligation d'avertir à temps les autorités compétentes, de l'existence d'un incendie ou autres accidents analogues pouvant entraîner des risques pour la vie humaine.

90. J.-L. BAUDOUIN, *La responsabilité civile délictuelle*, Cowansville, Ed. Y. Blais, 1985, n. 101, p. 61 et n. 18-22, pp. 12-15.

Donc, même quand la loi n'impose aucun devoir spécifique d'agir, une responsabilité pour omission serait incluse à l'article 1053 C.c. car la responsabilité civile ne tient pas seulement à un fait positif volontaire, mais aussi à une simple imprudence et surtout à la négligence que n'aurait pas eu une personne raisonnable, prudente, diligente et soucieuse d'éviter un dommage.

Nous sommes donc d'accord avec une certaine doctrine⁹¹ pour laquelle une omission de porter secours à une personne en danger serait fautive eu égard à l'article 1053 C.c. par simple référence à la conduite de la personne raisonnable. Il est admis que le citoyen raisonnable et prudent doit prêter son secours ou prévoir l'imminence d'un danger. D'ailleurs, dans l'arrêt *Moore*⁹², la Cour suprême rapporte les propos du juge Bissonnette sur le devoir qu'aurait un commis de magasin de protéger les clients qui passaient près d'une flaque d'huile rendant le parterre glissant⁹³.

La faute d'omission a été de nouveau alléguée très explicitement dans un arrêt de la Cour d'appel, confirmé cette fois en Cour suprême. Il s'agissait d'un chauffeur d'autobus qui refusait de reculer son véhicule sous lequel était prisonnier un enfant, parce qu'il avait reçu l'ordre de ne rien déplacer avant l'arrivée de la police:

«[...] il n'en résulte certes pas qu'un acte d'omission ne puisse être fautif quand celui qui s'abstient a, dans des circonstances normales, le devoir d'agir avec diligence et de se soucier de la vie d'autrui. Et ce devoir est d'autant plus impérieux que la faute d'omission empêcherait, si elle n'était pas commise, l'aggravation du préjudice causé à un tiers»⁹⁴.

Plus récemment, un jugement de la Cour supérieure applique entièrement le principe de la faute par omission de l'article 1053 C.c. et, ce, même en l'absence de tout texte formel ou d'obligation spécifique⁹⁵. Il s'agissait en l'occurrence d'un cas de harcèlement. L'employeur fut jugé

91. F. DROUIN BARAKETT et P.G. JOBIN, *loc. cit.*, note 25, 295.

92. *Eaton c. Moore*, [1951] R.C.S. 470, 492.

93. *Id.*, «[...] la connaissance et l'imminence d'un danger, lorsqu'il y a temps utile et moyen efficace pour y parer, constituent une faute pouvant engendrer responsabilité si l'on néglige ou s'abstient d'agir [...]».

94. *Osborne c. Commission de Transport de Montréal*, [1956] B.R. 853, 856, confirmé par [1958] R.C.S. 257.

95. *Bussièrès c. Syndicat des Employés du Centre Hospitalier Robert Giffard et annexes*, [1986], R.J.Q., 586 (C.S.).

négligent pour ne pas avoir agi compte tenu des plaintes de la victime. Une fois de plus, la faute par omission était reconnue comme incluse dans l'article 1053 C.c.

B) Coexistence des articles 2 de la Charte et de 1053 C.c.

La conclusion à laquelle certains juristes arrivent⁹⁶ et selon laquelle l'adoption d'une loi spéciale (article 2 de la *Charte*), édictant une responsabilité civile, n'était pas nécessaire pour imposer un devoir général de secours vu l'existence de l'article 1053 C.c. nous paraît, avec respect, moins probante. Une critique basée sur un plan plus général tant politico-social que juridique permet d'aboutir à une conclusion plus nuancée. Loin d'être inutile, le droit au secours tente officiellement de concilier morale et droit. C'est une nouveauté après toutes ces années d'influence du droit anglais⁹⁷. La *Charte* édicte un droit au secours ainsi qu'une obligation générale de porter secours. Même si cette obligation est implicitement contenue à l'article 1053 C.c., elle n'est cependant pas décelable pour les personnes non averties. La démarche que nous avons suivie dans les pages précédentes reste très académique et il serait injuste de l'imposer aux citoyens qui, bien que censés connaître les lois, ne peuvent être astreints à ce casse-tête juridique basé sur une interprétation jurisprudentielle et doctrinale.

Le droit au secours constitue, quant à lui, une affirmation législative relativement précise. La violation intentionnelle et illicite de ce droit est clairement condamnable par une action en dommages exemplaires sous l'article 49 de la *Charte*. Par l'intermédiaire de l'article 219 C.cr., une poursuite pour négligence criminelle serait aussi possible dans certains cas⁹⁸.

96. F. DROUIN BARAKETT et P.G. JOBIN, *loc. cit.*, note 25.

97. *Supra*, «Introduction».

98. *Supra*, «l'étendue de l'obligation»; R. c. *Fortier*, C.S., Longueuil, n° 500-01-050-805, 17 novembre 1980, Claire B. Joncas. Ce jugement étant introuvable au greffe, nous avons dû nous référer à la COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Droit pénal, l'omission, la négligence et la mise en danger*, document de travail 46, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1985, p. 19. Cette décision, prononcée sur le banc en Cour supérieure, est importante et aurait dû faire, selon nous, jurisprudence. En refusant de fournir à sa compagne mourante les choses nécessaires à la vie, un conjoint a été accusé de négligence criminelle causant la mort (219 (1)b C.cr.) pour l'omission au devoir légal de venir en aide selon l'article 2 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Il fut néanmoins acquitté ayant plaidé la théorie de l'ignorance suite à sa déficience mentale. Au sujet de jugements importants non publiés: Albert MAYRAND, «Tentative de récupérer une partie de la jurisprudence occulte», (1972) 3 R.D.U.S., 79.

Si on accepte le droit comme fait social ou «instrument de construction du tissu social⁹⁹», c'est aussi un instrument qui permet la fabrication politique de la norme qu'on veut implanter¹⁰⁰. En légiférant, le parlement se devait de doser une norme juridique acceptable par toute la population afin d'aboutir à un résultat et ne pas rebuter les esprits tout en essayant de changer les habitudes de chacun.

Le but de l'obligation de porter secours qui découle du droit au secours est, avant tout, d'inciter les passants à s'arrêter lorsqu'ils sont témoins d'un accident afin d'aider les victimes. Inscrit sous forme de devoir, dans une *Charte des droits et libertés* qui se veut éducative¹⁰¹, le droit au secours énonce une nouvelle philosophie politique d'un aspect des droits de la personne longtemps négligé, le tout dans une volonté de recherche de la justice, de la paix et du bien être général¹⁰².

En fait, certaines critiques que nous formulerons à propos des carences de l'article 2¹⁰³ sont toutes relatives et se confinent uniquement à une comparaison avec l'idéal de l'homme raisonnable de l'article 1053 C.c. C'est d'ailleurs pour faire échec à ces faiblesses qu'il faut lire les deux articles ensemble. Depuis la reconnaissance officielle d'un droit au secours, il faut, dans une optique civiliste, donner effet au droit nouveau et l'harmoniser avec les dispositions déjà existantes. Il s'agit là d'une confirmation d'un droit au secours inclus dans l'article 1053 C.c. en raison de l'existence d'une faute par omission non évidente à première vue. Les articles de la *Charte* et 1053 C.c. se complètent: l'article 2 énonce un principe, lui-même corollaire de l'article premier de la *Charte*: le droit à la vie; les dérivés de ce principe se retrouvent à l'article 1053 C.c.: l'homme raisonnable n'attend pas que la vie soit en danger pour agir. Le législateur semble avoir reconnu ce principe par la définition qu'il donne du terme «sauveteur» à l'article 1(g) de la *Loi visant à favoriser le civisme*¹⁰⁴.

99. Jacques-Yvan MORIN, «Une Charte des droits de l'homme pour le Québec», (1963) 9 *McGill Law Journal*, 273.

100. «Toute loi est animée par un but que le législateur compte réaliser». Propos du juge Dickson traitant de la constitutionnalité d'une loi dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 331.

101. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, op. cit., note 34, p. 2749.

102. *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 1, préambule al. 3 et 4.

103. *Infra*, «Critiques de l'article 2 et changements proposés».

104. L.R.Q., c. C-20 art. 1(g): Au Québec, la *Loi visant à favoriser le civisme* prévoit qu'un sauveteur est «celui qui, bénévolement, porte secours s'il a un motif raisonnable de croire que la vie ou l'intégrité physique d'une personne est en danger». (Les italiques sont de nous.) On remarquera qu'ici, le secours est reconnu dans le cas où l'intégrité physique seule est en danger, ce qui, comme nous l'avons vu précédemment, n'existe

Il faut désormais lire l'article 1053 C.c. à travers les principes des articles 1 et 2 de la *Charte* car il est nécessaire qu'il y ait coexistence. L'article 2 ne vient pas répéter les principes reconnus à l'article 1053 C.c. ou les annuler¹⁰⁵ mais bien les soutenir. C'est là le but d'une loi hiérarchisée par son insertion dans un texte quasi constitutionnel:

«[...] donner une vie morale et intellectuelle à l'ensemble de notre législation»¹⁰⁶.

III CRITIQUES DE L'ARTICLE 2 ET CHANGEMENTS PROPOSÉS

A) Les carences

Nous sommes conscients que les limites du droit au secours dont nous allons faire état ont été voulues par le législateur. D'ailleurs, certains ont déjà écrit que le droit était l'expression formelle de la politique¹⁰⁷. Louis-Philippe Pigeon abonde dans le même sens¹⁰⁸.

L'article 2 vise à enrayer l'indifférence, caractéristique de notre siècle, de ceux qui s'abstiennent de porter secours. Mais le législateur a cherché à minimiser l'impact de sa loi¹⁰⁹. En effet, par ses termes, cette dernière ne prévoit un devoir d'assistance qu'aux cas où la vie même de la victime est en péril¹¹⁰. Donc, si l'intégrité physique ou morale de quelqu'un est compromise, cela ne suffirait pas à engendrer une obligation de secours, contrairement aux conclusions de deux récents jugements¹¹¹.

Il est à noter que l'Office de révision du Code civil avait, dès 1966, par une formulation différente, élargi l'obligation de secours au

pas quand il s'agit de l'obligation de secours de l'article 2 de la *Charte*. Voir aussi *infra* «Les carences».

105. F. DROUIN BARAKETT et P.G. JOBIN, *loc. cit.*, note 25, 299.

106. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats, op. cit.*, note 34, 2746.

107. Elmer A. DRIEDGER, *The Composition of Legislation: Legislature forms and Precedents*, 2nd edition, Department of Justice, Ottawa, 1976.

108. Louis-Philippe PIGEON, *Rédaction et interprétation des lois*, Les Publications du Québec, 1986.

109. F. DROUIN BARAKETT et P.G. JOBIN, *loc. cit.*, note 25, 290.

110. «Tout être humain dont la vie est en péril a droit au secours [...]» 1^{ère} phrase de l'article 2 de la *Charte des droits et libertés*. (Les italiques sont de nous), *supra*, «L'étendue de l'obligation de secours»; *Girard c. Hydro-Québec*, précité, note 47; *Cloutier c. Hôpital C.H.U.L.*, précité, note 54.

111. *Protection de la Jeunesse-169 et Gaudreault c. Drapeau*, précités, note 40.

péril de l'intégrité physique aussi bien qu'au péril de la vie¹¹². En stipulant que toute personne en péril a droit au secours, l'Office de révision du Code Civil reprenait la formulation de l'article 63 al.2 du *Code pénal français*¹¹³. La différence est grande car, selon la formule actuelle, la brutalité, les voies de fait ou encore un viol public du genre de celui commis dans un bar de la ville de New Bedford¹¹⁴ n'obligeront pas les témoins à faire quelque chose pour aider la victime et aucune responsabilité civile ne pourra être retenue contre eux en vertu de l'article 2 de la *Charte*. Dans ces exemples, le droit au secours n'existerait donc «pas encore», sinon sous l'article 1053 C.c.¹¹⁵ puisque dans aucun de ces cas la vie de la victime n'était directement en danger. Tant que le risque encouru n'est que moral ou physique et non mortel à brève échéance, l'obligation de secours n'est pas encore engagée¹¹⁶.

Nous admettons que cette conception dénote une certaine étroitesse de vue¹¹⁷. L'article 2 de la *Charte* ne fait pas référence à un degré de violence, mais cherche uniquement à préserver la vie.

«Tout être humain dont la vie est en péril a droit au secours».

112. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *op. cit.*, note 24, pp.13-14, art. 3: «Toute personne en péril a droit au secours. Nul ne peut, sans excuse raisonnable, refuser ou négliger de prêter secours à une personne en péril ou de lui procurer les soins immédiats nécessaires à la vie.»

113. Art. 63 al. 2: «[...] quiconque s'abstient volontairement de porter à une *personne en péril* l'assistance que, sans risque pour lui ni pour les tiers, il pouvait lui prêter, soit par son action personnelle soit en provoquant du secours.» (Les italiques sont de nous). Les tribunaux français, sans reconnaître la simple détresse comme déclencheur de l'obligation d'assistance à personne en danger, reconnaissent néanmoins l'atteinte à la santé ou le danger de lésions corporelles comme suffisant pourvu qu'il soit imminent, constant et accidentel, c'est à dire soudain, imprévu et imprévisible. L'état de péril à l'article 63 al.2 du *Code pénal français* fait référence à tout péril grave corporel; l'obligation de secours se trouve renforcée. Ainsi, en 1978, la Cour de Cassation a déclaré un directeur d'école coupable d'avoir omis de porter assistance à personne en péril pour ne pas avoir fait intervenir un médecin auprès d'un malade qui délirait depuis dix jours. Cette accusation n'aurait pas été possible au Québec vu les limites de l'obligation de secours car, bien que l'intégrité physique et morale du délirant était en péril, sa vie ne l'était pas de façon immédiate telle que le requiert l'article 2 de la *Charte*. En 1985, l'article 63 al.2 du *Code pénal* a été interprété de façon encore plus large. La 16ième Chambre correctionnelle de Paris a rendu un jugement digne de faire jurisprudence en rangeant l'aide au suicide par correspondance parmi les cas de non-assistance à personne en danger!!

114. D. KIESEL, *loc. cit.*, note 4.

115. Selon nous, il existe toujours un devoir légal d'agir même lorsque la vie n'est pas en péril, voir *supra*, «La faute d'omission contenue à l'article 1053 C.c.»

116. S. RODGERS-MAGNET, *The Right to Emergency Assistance in the Province of Quebec*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de Droit, Université de Montréal, 1977, p. 24.

117. F. DROUIN BARAKETT et P.G. JOBIN, *loc. cit.*, note 25, 299.

C'est sur cette affirmation de la vie qui est en péril qu'on pourra facilement jouer pour décider de la non-application de la *Charte*¹¹⁸. La formulation actuelle de l'article 2 exigeant que la vie d'une victime soit en danger de mort pour créer une obligation de secours est, selon nous, malheureuse. En effet, qui peut avec certitude alléguer que, suite à un accident, la vie de quelqu'un est menacée; peut-être un médecin? En fait, l'appréciation du degré, de la précision et de la constance du danger sera laissée au potentiel secouriste d'occasion qui décidera de l'urgence ou non de son intervention.

En restreignant de la sorte l'obligation de secours autour du péril de la vie seulement, la loi permet, à celui qui a négligé de porter secours, de se disculper alors qu'il pouvait secourir sans risque pour lui ou pour les tiers; c'est un encouragement à minimiser la perception du danger de mort afin d'excuser la passivité. Selon quels paramètres le juge tranchera-t-il pour juger eu égard à la preuve offerte? Il aurait été si simple de rendre cette disposition facilement applicable en ne faisant référence qu'au péril de la personne humaine comme le stipule la *Loi visant à favoriser le civisme*¹¹⁹ et comme le suggérait l'Office de révision du Code Civil¹²⁰.

Le deuxième reproche que l'on peut formuler à l'endroit de cette loi est d'avoir omis l'obligation d'aide autre que physique¹²¹. Ainsi, le support moral, outil indispensable au témoin intervenant dans une tentative de suicide, n'est pas une obligation prévue dans la loi et pourtant il est indéniable que, dans ce cas, la vie du candidat au suicide est, dans l'immédiat, en danger.

L'article 2 de la *Charte* a été jugé et critiqué avec sévérité¹²², comme étant une disposition superflue, dangereuse et incomplète. Nous avons déjà répondu à ces critiques. Cependant, nous aimerions insister sur un aspect primordial qui manque également à cette loi: aucune immunité n'y est prévue pour les fautes possibles du sauveteur remplissant somme toute un devoir, une mission que la loi lui impose. N'est pas directement prévue non plus son indemnisation pour dépenses ou pertes subies dans l'assistance qu'il apporte à la victime. En ce sens, nous partageons, en partie, l'opinion émise ci-haut, à savoir que l'article 2 serait incomplet. En fait, il s'agit d'un manque qui risque, à lui seul, d'atténuer

118. *Girard c. Hydro-Québec*, précité, note 47.

119. Précitée, note 104.

120. *Supra*, note 112.

121. F. DROUIN BARAKETT et P.G. JOBIN, *loc. cit.*, note 25, 301.

122. *Id.*, p. 290 et s.

l'effet principal recherché, soit celui d'enrayer le mal de l'indifférence caractérisant notre société quand il s'agit d'aider son prochain. Un des principaux motifs du refus de porter secours est justement la peur d'être ensuite impliqué dans des poursuites judiciaires¹²³. Cette protection légale n'est pourtant pas inconnue du législateur qui a su prévoir une immunité contre les actions civiles dans certaines de ses lois¹²⁴.

*La Loi visant à favoriser le civisme*¹²⁵, bien qu'étant un pas en avant, ne prévoit pas non plus d'immunité pour le sauveteur. Cette législation en faveur du civisme a un caractère pratique. Elle permet au sauveteur, ou sa famille, d'être dédommagé pour préjudices subis en portant secours bénévolement¹²⁶. L'article 15 prévoit même une récompense monétaire! Ces dispositions ne viennent en rien atténuer les reproches formulés précédemment au sujet de l'article 2 de la *Charte*; le fait qu'elles se trouvent dissimulées dans une autre loi moins connue qu'une charte¹²⁷, enlève beaucoup d'impact à l'obligation de secours. Les secouristes potentiels, en plus de penser aux risques de poursuites advenant la moindre faute de leur part envers la victime, auront en tête les préjudices qu'eux-même pourraient subir, sans jamais se douter, qu'à certaines conditions, ils pourraient être dédommagés pour pertes matérielles à l'aide d'une disposition législative pratiquement inconnue du grand public.

Notons que la jurisprudence québécoise renferme quelques rares décisions, qui, par le biais des règles classiques du droit civil, ont permis le dédommagement de bons samaritains médecins intervenus de leur propre initiative sur les lieux d'un accident ferroviaire¹²⁸, ou encore ont dédommagé l'intervention volontaire d'une personne voulant arrêter un

123. R.J. GRAY et G.S. SHARPE, «Doctors, Samaritans and the Accident Victim», (1973) 11 *Osgoode Hall L.J.* 1, 22.

124. Voir par exemple la *Loi sur la protection de la jeunesse*, précitée, note 58, art. 43. Notons aussi que le *Projet de loi 125*, présenté devant l'Assemblée nationale, première session, trente-quatrième législature, par M. Gil Rémillard, Ministre de la justice, prévoit une immunité concernant la personne qui porte secours à autrui, à moins de faute lourde ou intentionnelle: *P.L. 125*, art. 1467.

125. Précitée, note 104.

126. *Id.* art. 1(g) et 2.

127. Dans son numéro de février 1988, le magazine «Justice» fait état de la *Loi visant à favoriser le civisme* dans sa fiche «Droit social» No. 13, ce qui nous semble une bonne façon de faire connaître une loi, d'apparence modeste mais qui, en réalité, devient une contrepartie indispensable de l'obligation de secours, une sorte de complément.

128. *Paquin c. Grand Trunk RY. Co.*, (1896) 9 C.S. 336, le juge Larue a tranché le litige en reconnaissant que l'immixtion positive du demandeur était basée sur un principe reconnu dans notre droit civil soit la gestion d'affaires pouvant entraîner une action *de in rem verso* contre le défendeur qui a tiré avantage de cette immixtion.

cheval emballé¹²⁹. En 1921, il fût même décidé qu'aucune formalité légale n'était nécessaire pour l'indemnisation d'un médecin secouriste alors qu'il y avait nécessité urgente et absolue d'intervenir, vu l'ampleur d'une grave épidémie. La notion d'intérêt public soutenait cette décision¹³⁰.

Malgré ces jugements, nous pensons qu'une loi, voulant changer les habitudes d'indifférence et favoriser le secours entre humains, devrait inclure un mécanisme protégeant le sauveteur de toute tentative de lui faire assumer les risques d'une poursuite en responsabilité engendrée par le secours d'autrui. Cela encouragerait le respect de la loi. Cependant, certains ne voient pas l'utilité d'une loi spécifique concernant le bon samaritain¹³¹. On compte sur la compréhension des juges qui, selon toute évidence, apprécieraient *in abstracto* la responsabilité du secouriste eu égard à la situation d'urgence à laquelle il a fait face, ceci selon la tradition civiliste qui veut que la faute s'évalue en tenant compte de toutes les circonstances de l'espèce. L'intervention légale et généreuse se doit d'être traitée avec égards:

«la responsabilité de celui qui entreprend de soigner dans une situation d'urgence sera certainement appréciée beaucoup moins sévèrement que dans une situation ordinaire»¹³².

L'immaturation de l'article 2 de la *Charte*, qui ne fait pas référence au péril de l'intégrité physique, et qui ne prévoit pas d'exonération de la responsabilité civile pour le sauveteur, se doit d'être corrigée. Trop de gens associent au secours d'autrui la possibilité d'une poursuite éventuelle. Dans un contexte de crainte, le respect d'une telle loi est voué à l'échec. Pour être fonctionnel et respecté, l'article 2 devrait être modifié. Ceci aurait pour effet de renforcer les valeurs qu'il tente de défendre.

129. *Lortie c. Adelstein*, (1914) 46 C.S. 543, la gestion d'affaires avait là encore servi de base au juge Charbonneau pour accorder au demandeur un dédommagement pour pertes subies en prenant soin des intérêts du défendeur.

130. *Tremblay c. Ville de Baie St-Paul*, (1921) 59 C.S. 498.

131. J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.* note 64, p. 46.

132. *Id.*

B) Les changements proposés

Pour couvrir les cas où non seulement la vie, mais aussi l'intégrité physique d'une personne est en danger, il faudrait reprendre la recommandation de l'Office de révision du Code civil¹³³ et modifier le second alinéa de l'article 2 de la *Charte* comme suit:

«Toute personne doit porter secours à celui ou celle qui est en péril».

Ainsi, le droit au secours couvrirait aussi les cas de personnes molestées.

Pour éviter que ne soit écartée la nécessité d'une aide morale immédiate dans le cas d'un candidat au suicide, il suffirait de supprimer le mot «physique» du deuxième paragraphe qui se lirait comme suit:

«Toute personne doit porter secours à celui ou celle qui est en péril, personnellement ou en obtenant du secours, en lui apportant l'aide nécessaire et immédiate [...]».

Pour corriger le manque de protection du sauveteur contre des poursuites éventuelles, il faudrait rajouter à la fin de l'article 2 de la *Charte* une référence à la *Loi visant à favoriser le civisme*. Cette dernière serait aussi amendée afin d'y inclure une mention de non-responsabilité spécifiant cependant que, pour les médecins, infirmiers et infirmières, cette clause n'aurait d'effet que pour les actes accomplis hors cabinet privé ou en dehors d'un hôpital; dans tous les cas, la faute grossière serait exclue.

L'amendement de la *Loi visant à favoriser le civisme* se lirait ainsi:

«Dans tous les cas, celui qui, de bonne foi, a porté secours, ne peut être poursuivi en justice, ni en raison des actes accomplis immédiatement sur les lieux et hors le cabinet du médecin ou de l'hôpital ni pour la mort du secouru, sauf en cas de faute grossière».

Ainsi, corrigé et complété, l'article 2 de la *Charte des droits et libertés de la personne* se lirait ainsi:

133. *Supra*, note 112.

Art. 2.

«Toute personne en péril a droit au secours.

Toute personne doit porter secours à celui ou celle qui est en péril, personnellement ou en obtenant du secours, en lui apportant l'aide nécessaire et immédiate, à moins d'un risque pour elle ou pour les tiers.

La Loi visant à favoriser le civisme s'applique au sauveteur dans tous les cas».

CONCLUSION

Au terme de cette étude critique, nous concluons sur une note néanmoins positive.

Tout d'abord, nous devons constater et réaffirmer qu'il existe un droit au secours statutaire et quasi constitutionnel dans la province du Québec.

L'article 2 de la *Charte* est véritablement un nouveau contrat social, la pierre angulaire d'une obligation d'assistance que ni le *Code civil*, ni le *Code criminel* ne règlent de façon évidente. Il faut tenir pour acquis que cette obligation est désormais statutaire et que la transgression de cette dernière peut donner lieu à une poursuite civile à l'aide d'une action en dommages et à une poursuite pénale par le biais du *Code criminel*¹³⁴. Cela rend l'obligation de secours plus efficace que ne le serait une simple déclaration de principe.

Le droit au secours est une première au Canada. Le législateur québécois lui a en plus donné un caractère fondamental en lui conférant une supériorité hiérarchique¹³⁵.

Même si l'article 2 de la *Charte* ne peut être considéré comme une véritable «Loi du Bon Samaritain», celui-ci n'étant pas adéquatement protégé contre les conséquences de ses maladresses, on se doit d'y voir une nette amélioration par rapport à la philosophie du droit anglo-saxon

134. Article 219.

135. J.-Y. MORIN, «La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne», (1987) 21 *R.J.T.* 25, p. 32 et s.

qui ne reconnaît pas encore un droit général de secours à la personne en danger de mort¹³⁶.

La récente prise de conscience des gouvernements au mieux-être social passe nécessairement par une évolution constante de la solidarité humaine entre les individus formant la collectivité. L'individualisme poussé à l'extrême, indifférent et aveugle, semble, pour l'instant, passé de mode si l'on en croit le préambule de la *Charte provinciale*¹³⁷.

L'affirmation solennelle du devoir général de secours n'a peut-être pas eu l'écho auquel on s'attendait. Il reste, qu'avec le temps, la communauté juridique, formée aux principes énoncés dans la *Charte*, saura certainement mieux exploiter cette nouvelle philosophie des droits de la personne, surtout si on allie la norme de la personne raisonnable de l'article 1053 C.c à l'obligation de secours de l'article 2 de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

Entre temps, cette obligation de secours commence à se faire connaître des citoyens qui ne devraient plus se sentir brimés par un devoir somme toute bien naturel.

En 1748, Montesquieu écrivait que les lois éducatrices étaient celles qui préparaient à être citoyen¹³⁸. L'obligation de secourir son prochain, contenue dans la *Charte*, fera-t-elle de nous de meilleurs citoyens?

Enfin, puisque l'histoire nous enseigne que la progression des droits et libertés de la personne s'est faite, selon les évolutions de chaque époque, par ajouts, il serait souhaitable aujourd'hui de renforcer l'affirmation de principe de l'article 2 de la *Charte* en la corrigeant dans le sens que nous avons proposé afin de confirmer son rôle éducatif¹³⁹ et ainsi rehausser le patrimoine législatif et social de la nation québécoise.

136. *Supra*, «Introduction».

137. *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 1, préambule al.3 et 4.

138. Charles-Louis De Secondat MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, St-Armant, Édition Flammarion, 1979, p. 155.

139. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, op. cit., note 34, p. 2742 (discours du ministre de la Justice M. Jérôme Choquette).

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : HISTORIQUE ET PROBLÉMATIQUE DU RÉGIME DE NÉGOCIATION COLLECTIVE DANS LE SECTEUR DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX

Auteur(s) : Jean-Louis DUBÉ
Pierre GINGRAS

Revue : RDUS, 1990-1991, volume 21, numéro 2

Pages : 519-555

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13446>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13446>

Page vide laissée intentionnellement.

HISTORIQUE ET PROBLÉMATIQUE DU RÉGIME DE NÉGOCIATION COLLECTIVE DANS LE SECTEUR DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX*

par Jean-Louis DUBÉ**
Pierre GINGRAS***

Dans cet article, les auteurs font d'abord l'historique de la négociation collective dans le secteur de la santé et des services sociaux. Après avoir rappelé que le Code du travail ne constitue pas un bon cadre législatif pour cette négociation puisqu'il n'a pas été conçu à cette fin, les auteurs soulignent les principales caractéristiques d'une négociation avec l'État. Enfin, ils exposent les choix à faire quant à la centralisation ou la décentralisation des négociations, et quant aux modes de règlement des différends.

In this article, the writers begin by giving an overview of the history of collective negotiations in the health and social services sector. After noting that the Labour Code does not constitute the appropriate legislative framework for such negotiations since this legislation was not adopted with such a purpose in mind, the writers go on to describe the fundamental characteristics of negotiations entered into with the State. Lastly, the writers describe the relative merits of centralized and decentralized negotiations as well as those of the various modalities available for resolving disputes.

*. Le présent exposé a été présenté dans le cadre d'un colloque, tenu le 23 novembre 1990 à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke et portant sur «La négociation collective dans le secteur de la santé et des services sociaux». Ce colloque a été organisé par Me Jean-Louis Dubé et Pierre Gingras et il a été rendu possible grâce à une subvention fournie par le ministère du Travail.

**. Professeur titulaire, Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

***. Étudiant à la maîtrise en droit de la santé, Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	523
I - HISTORIQUE	523
A- Avant le Code du travail de 1964	523
B- De 1964 à nos jours: les différentes rondes de négociations	525
1- 1 ^{re} ronde de négociations (1966): amorce de centralisation	526
2- 2 ^e ronde de négociations (1968): politique salariale gouvernementale	527
3- 3 ^e ronde de négociations (1972): le premier front commun	528
4- 4 ^e ronde de négociations (1975-76): le deuxième front commun	530
5- 5 ^e ronde de négociations (1979-80): la ronde préréférendaire	532
6- 6 ^e ronde de négociations (1982-83): la ronde des décrets	535
7- 7 ^e ronde de négociations (1986): retour aux conventions	538
8- 8 ^e ronde de négociations (1989): une ronde électorale	542
II - PROBLÉMATIQUE PARTICULIÈRE À LA NÉGO-CIATION DANS LE SECTEUR DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX	544
A- Au regard du Code du travail	544
1- L'accréditation et les unités de négociation	545
2- La négociation elle-même	546
3- L'application de la convention collective	547
4- Le droit de grève	548
B- L'intervention de l'État dans les négociations et ses conséquences	549

(1991) 21 R.D.U.S.	Historique et problématique du régime de négociation collective dans le secteur de la santé et des services sociaux	521
1-	Qui est le véritable employeur?	549
2-	L'État est législateur, il est employeur et toujours souverain	550
3-	Les débats autour de cette question	552
C-	Dans les services de santé et les services sociaux: le droit de grève ou l'arbitrage obligatoire?	555
III - DES CHOIX À FAIRE		559
A-	Une négociation sans la présence de l'État	560
B-	Une négociation sur le seul terrain politique	560
C-	Centralisation ou décentralisation des négociations	562
D-	Le règlement des impasses	563
E-	Une médiation très spéciale...	564
CONCLUSION		565

INTRODUCTION

Le présent document constitue un instrument de travail pour les participants au colloque du 23 novembre prochain. Sans prétendre être exhaustifs, nous tentons de faire le point sur le régime de négociation dans le secteur de la santé et des services sociaux depuis les années soixante jusqu'à nos jours. Nous ne pensons pas non plus apporter des recettes ou des solutions miracles aux difficultés rencontrées dans les négociations de ce secteur. L'objectif de ce texte, paradoxalement à la fois modeste et très important, est de rappeler et d'analyser un certain nombre d'éléments particuliers à ces négociations ainsi que d'exposer les grandes lignes d'un certain nombre de choix possibles. À la suite de l'historique des négociations dans le secteur de la santé et des services sociaux, nous dégagerons les principaux éléments de la problématique particulière de ce type de négociation. Finalement, nous présenterons quelques hypothèses d'amorces de solutions que nous souhaitons être l'objet de discussion. Si cette dernière se fait très ouvertement et avec la volonté des participants de chercher à améliorer les règles actuelles, nous aurons atteint l'objectif de ce colloque. Quant aux règles encadrant de telles négociations, nous avons la certitude que celles qui risquent de donner les meilleurs résultats sont celles qui auront été *convenues* entre les parties en tenant compte de l'intérêt général de la communauté québécoise. Il reste à voir si cela est possible.

I - HISTORIQUE

A- Avant le Code du travail de 1964

Pendant la première moitié du 20^e siècle, les négociations dans le secteur hospitalier se faisaient localement et, jusqu'en 1939, les employés avaient le droit de grève pour appuyer leurs revendications. Ce droit était peu utilisé en raison du climat social de l'époque et aussi parce que les salariés étaient peu organisés. En 1939, le droit de grève leur est enlevé par la *Loi relative à l'arbitrage des différends entre certaines institutions de charité et leurs employés*¹. Cette loi rend illégal le recours à la grève, impose la demande d'arbitrage au ministre qui a la discrétion de l'accepter ou non et prévoit des amendes en cas d'infraction (10 \$ à 50 \$ par jour et à défaut de paiement, de 8 à 30 jours de prison).

1. S.Q. 1939, c. 60.

En 1944, en même temps que la *Loi des relations ouvrières*² qui encadre la négociation collective, l'Assemblée législative adopte la *Loi concernant les différends entre les services publics et les salariés à leur emploi*³ qui, suite aux grèves survenues dans les services municipaux de Montréal l'année précédente, interdit dans son champ d'application la grève et la contre-grève en toutes circonstances, oblige la soumission de tout différend à l'arbitrage et prévoit des amendes pour les contrevenants.

Jusqu'au début des années soixante, les négociations continuent de se faire localement, le nombre de syndicats reste peu élevé⁴, les salaires sont faibles et différents d'une institution à l'autre, et enfin les résultats des arbitrages prévus à la loi semblent souvent défavorables aux syndicats.

B- De 1964 à nos jours: les différentes rondes de négociations

Avant d'examiner chacune des huit rondes de négociations, il faut mentionner que le contexte social, économique et politique se modifie profondément au début des années soixante. C'est la victoire libérale de Jean Lesage et le début de ce que l'on qualifiera de «révolution tranquille». Le Québec a du rattrapage à effectuer, entre autres dans le secteur des services de santé. Pour ce faire, le 15 décembre 1960, on adopte la *Loi instituant l'assurance-hospitalisation*⁵ qui fait du gouvernement le bailleur de fonds des services hospitaliers. Ces services se développent et parallèle-

2. S.Q. 1944, c. 30.

3. S.Q. 1944, c. 31. Comme son titre l'indique, cette loi s'appliquait dans les «services publics», ce qui comprenait la plupart des établissements de ce qu'on appelle aujourd'hui le secteur de la santé et des services sociaux.

4. En 1960, il y avait environ 100 syndicats et 10 000 syndiqués: Gérard Hébert, *Public Sector Bargaining in Quebec: A Case of Hypercentralization*, Conflict ou Compromise, the Future of Public Sector Industrial Relations, Institut de recherches politiques, Montréal, 1984, p. 243. Pour la presque totalité de la partie historique, en plus de Gérard Hébert, nos principales autres sources d'information sont: Maurice Lemelin, *Les négociations collectives dans les secteurs public et parapublic*, Montréal, Les Éditions Agence d'ARC Inc., 1984; Jean Boivin, «La négociation collective dans le secteur public québécois, une évaluation des trois premières rondes (1964-1972)», (1972) 27 *Relations industrielles*, 679; Jacques David et Andrée Lajoie, *L'évolution législative du régime de négociations collectives dans le secteur public québécois*, Rapport II, Centre de Recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal, mars 1987 dans Andrée Lajoie, Patrick A. Molinari et Louise-Hélène Richard, *Le droit des services de santé et des services sociaux: évolution 1981-1987*, Recherche 20, Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux, Québec, Les Publications du Québec, 1987; Denis Goulet, *Évolution des structures de négociation dans le secteur des hôpitaux et de l'enseignement public au Québec, 1964-1972*, thèse de maîtrise, Québec, École de relations industrielles, Université Laval, 1975.

5. S.Q. 1960, c. 78.

ment, le nombre de syndicats augmente rapidement et leur force s'accroît⁶. L'arrêt de travail, bien qu'illégal, est de plus en plus utilisé par les syndicats pour améliorer le sort des salariés du secteur hospitalier qui accusent du retard par rapport à ceux du secteur privé⁷. Les négociations deviennent de plus en plus regroupées, d'abord sur une base régionale, si bien que plusieurs conventions ont une même date d'expiration, le 31 décembre 1965. De plus, les pressions syndicales amènent le gouvernement à redonner aux salariés des services publics le droit de grève lors de l'adoption du *Code du travail* en 1964⁸.

1- 1^{re} ronde de négociations (1966): amorce de centralisation

C'est le *Code du travail* de 1964 qui encadre cette première ronde. En principe les négociations sont locales, mais les syndicats de la Fédération nationale des services de la C.S.N. se concertent et font des demandes communes pour uniformiser leurs conditions de travail. L'Association des hôpitaux de la province de Québec (A.H.P.Q.) refuse la négociation provinciale. Des avis de conciliation sont expédiés au même moment par tous les syndicats. Ces derniers veulent également régler au préalable les quelque 700 griefs en suspens et les coûts de la négociation. Il y a alors menace de grève. Le gouvernement intervient et en échange du report de la grève, accepte de payer une partie des coûts de la négociation et les frais d'arbitrage des griefs. C'est la première intervention directe du gouvernement dans la négociation. Par la suite, comme le différend persiste, une grève sera déclenchée en juillet (elle durera un peu plus de trois (3) semaines) par 32 500 salariés de 139 hôpitaux⁹.

À l'époque, l'article 99 du *Code du travail* prévoyait qu'un juge de la Cour supérieure, sur requête du procureur général à la suite de la constitution d'une commission d'enquête par le gouvernement, pouvait accorder une injonction suspendant la grève pour une période de quarante (40) jours s'il était d'avis que cette grève mettait en péril la santé ou la sécurité publique. Une vingtaine de ces injonctions seront obtenues en cette première ronde de négociations. Elles seront défiées et des amendes seront

6. En 1964, 40 000 syndiqués et en 1966, 60 000 syndiqués (Gérard Hébert, *op. cit.*, note 4, p. 243).
7. 1963: «session d'étude» des infirmières de l'Hôtel-Dieu de Montréal et de Ste-Justine; 1964: grève de 5 heures des employés généraux dans 15 hôpitaux de la région de Montréal; 1965: grève également dans d'autres hôpitaux en régions.
8. S.Q. 1964, c. 45.
9. Maurice Lemelin, *op. cit.*, note 4, p. 87.

imposées. Mais la grève perdure et la convention n'est pas conclue. C'est alors que le gouvernement intervient pour la deuxième fois par la mise en tutelle des hôpitaux et la nomination d'un tuteur (M. Yves Pratte) qui, finalement, signera une convention unique pour tous les hôpitaux dont les syndicats sont membres de la F.N.S. Le gouvernement, même s'il n'est pas l'employeur direct des salariés, devient leur interlocuteur privilégié¹⁰. L'objectif syndical d'uniformisation des conventions est atteint. De plus, les syndicats gagnent notamment la notion de postes de travail et l'ancienneté comme un des critères d'affectation à ces postes.

2- 2^e ronde de négociations (1968): politique salariale gouvernementale

La deuxième ronde de négociations dans le secteur hospitalier se déroule toujours localement selon les règles du *Code du travail*, du moins en principe. En effet, le gouvernement propose une politique salariale unique pour tous les salariés, afin notamment d'éliminer les disparités régionales et de calquer les salaires des employés du secteur public sur ceux des employés du secteur privé. Un comité de négociation provincial est formé et composé de huit (8) personnes: quatre (4) de la F.N.S., deux (2) de l'A.H.P.Q. et deux (2) du ministère de la Santé. Des moyens de pression tels des ralentissements de travail, le refus de faire du temps supplémentaire et autres moyens de harcèlement local sont utilisés en appui aux négociations. Après une période de conciliation, une entente intervient sur la base de la politique salariale gouvernementale bonifiée en échange d'un salaire annuel garanti après deux (2) ans d'ancienneté et de précisions quant au contenu des tâches. Par la suite, trois (3) mois de grève seront nécessaires pour qu'une quarantaine de syndicats d'établissements privés, représentés par la F.N.S., puissent conclure à leur tour une convention collective. Ils obtiendront le même règlement salarial, mais une prime de licenciement au lieu de la sécurité d'emploi.

Le gouvernement semble donc devenir de plus en plus l'employeur véritable. À cet égard, il est permis de penser que la création en 1969 du ministère de la Fonction publique¹¹ ayant la responsabilité de la négociation avec les syndicats de la fonction publique, et celle en 1970 du Conseil du

10. Mentionnons qu'à la même époque, le gouvernement intervient directement dans les négociations des enseignants en adoptant en février 1967 la *Loi assurant le droit de l'enfant à l'éducation et instituant un régime de convention collective dans le secteur scolaire* (Loi 25) qui transférait aux provinces les négociations dans le secteur de l'éducation, S.Q. 1967, c. 63.

11. *Loi du ministère de la fonction publique*, L.Q. 1969, c. 14.

trésor¹², constituent des efforts d'organisation et ne sont pas étrangères à une volonté du gouvernement de s'impliquer très directement, à plus ou moins long terme, dans les négociations collectives du secteur parapublic.

3- 3^e ronde de négociations (1972): le premier front commun

C'est à cette ronde que le gouvernement, pour la première fois, va officialiser le niveau provincial des négociations et sa propre participation à ces dernières, en adoptant la *Loi du régime de négociations collectives dans les secteurs de l'éducation et des hôpitaux*¹³ (Loi 46). Tant dans le secteur de la santé que dans celui de l'éducation, la loi centralise les négociations en identifiant les agents négociateurs et en les réduisant aux grands regroupements d'un côté comme de l'autre. Le gouvernement, quant à lui, devient légalement partie à la négociation.

Du côté syndical, on assiste au regroupement des centrales en un front commun, exigeant du gouvernement la mise sur pied d'une table centrale pour discuter des grandes questions, notamment de la politique salariale. Une des principales revendications du front commun fut celle du 100 \$ minimum par semaine. Devant le refus du gouvernement de créer la table centrale, des mandats de grève furent obtenus.

Malgré une entente sur la création de cette table pour discuter de rémunération, de sécurité d'emploi, de régime de retraite et d'assurance-salaire, une première grève générale de 24 heures eut lieu le 28 mars 1972 pour faire débloquer les négociations. Puis ce fut la grève générale illimitée, déclenchée le 11 avril. Plusieurs injonctions furent obtenues pour forcer le retour au travail. Elles furent défiées sur la recommandation des chefs syndicaux. Des amendes sévères et des peines d'emprisonnement furent imposées, notamment aux présidents des trois centrales syndicales.

Après dix (10) jours de grève, le gouvernement eut recours à une loi spéciale pour y mettre fin, en suspendant le droit de grève temporairement, en laissant un délai aux parties pour en venir à une entente et à défaut, en imposant lui-même les conditions de travail par décret (Loi 19)¹⁴. La loi prévoyait des pénalités pécuniaires très lourdes pour les contrevenants (de 50 \$ à 250 \$ par jour pour les salariés et de 5 000 \$ à 50 000 \$ pour les

12. *Loi de l'administration financière*, L.Q. 1970, c. 17.

13. L.Q. 1971, c. 12.

14. *Loi assurant la reprise des services dans le secteur public*, L.Q. 1972, c. 7.

associations et leurs dirigeants). Malgré cela, des grèves sporadiques eurent lieu en mai. La loi elle-même fut bien près d'être défiée par le front commun.

Finalement, des conventions furent signées dans le secteur hospitalier, alors que des décrets furent imposés en décembre 1972 dans celui de l'éducation, après plusieurs reports de l'échéance des négociations prévues à la loi. Les syndicats firent des gains appréciables sur les salaires par une première clause d'indexation et un rehaussement des salaires des bas salariés (le 100 \$ minimum par semaine fut obtenu en fin de convention). Ce fut également cette ronde de négociations qui établit les fondements du régime de retraite créé par loi¹⁵ l'année suivante (RREGOP). Ce fut certainement une des rondes les plus tumultueuses, durant laquelle on a assisté à une radicalisation du discours, une remise en cause du système lui-même par la défense d'objectifs sociaux et à une politisation accrue des négociations.

4- 4^e ronde de négociations (1975-76): le deuxième front commun

Comme la Loi de 1971 encadrant les négociations était temporaire, le gouvernement adopte cette fois une loi permanente, la *Loi sur les négociations collectives dans les secteurs de l'éducation, des affaires sociales et des organismes gouvernementaux*¹⁶ (Loi 95). Les mêmes principes sont repris, c'est-à-dire la centralisation des négociations par le biais d'agents négociateurs. De plus, la loi précise que les différents ministres impliqués sont parties à la négociation. Alors que dans le secteur de l'éducation, la loi prévoyait une négociation préalable sur le partage des matières entre le niveau local et provincial, dans le secteur de la santé, tout était du domaine provincial, sous réserve d'une entente entre les parties pour convenir de sujets à négocier localement.

Les centrales syndicales se regroupent de nouveau en front commun et veulent négocier à une table centrale avec le gouvernement. L'inflation étant supérieure à 10 % en 1974, elles adoptent l'indexation des salaires comme cheval de bataille et réclament un salaire minimum de 165,00 \$ par semaine. Mentionnons également que c'est l'époque de l'adoption de la Loi

15. *Régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics*, L.Q. 1973, c. 12.

16. L.Q. 1974 c. 8.

C-73 au fédéral¹⁷ et de son équivalent provincial¹⁸ pour lutter contre l'inflation. Ces lois établissaient des pourcentages maximums de hausses de salaire.

Après quelques difficultés à faire démarrer la table centrale, des discussions ont lieu mais aucun règlement n'intervient. Les ralentissements de travail se font de plus en plus fréquents et il y a même des journées de grève du côté des infirmières qui négocient seules. Le gouvernement adopte alors la *Loi visant à assurer les services de santé et les services sociaux essentiels en cas de conflit de travail*¹⁹ (Loi 253). En pleine négociation, cette loi vient modifier les règles alors connues, dont celle de l'article 99 du *Code du travail*, en subordonnant l'exercice de la grève à la prédétermination et au maintien des services essentiels. Ceux-ci devaient faire l'objet d'une entente locale. À défaut, la loi prévoyait la nomination d'un commissaire aux services essentiels et de commissaires adjoints qui devaient décider des services essentiels à être maintenus. Cette loi fut très mal perçue par les parties syndicales et ne fut pas respectée.

Sous la menace du Premier ministre de recourir aux décrets, les négociations cheminent laborieusement. Le front commun décide de faire des arrêts de travail dont des grèves générales d'une demi-journée à la fin février et d'une journée le 5 avril. Certains employeurs répliquent par des lock-out. Du côté des infirmières, une grève de vingt-quatre (24) heures, le 10 mai, touche une trentaine d'hôpitaux. Finalement, après des négociations directes entre le Premier ministre et Marcel Pépin, porte-parole du front commun, une entente intervient dans le secteur des affaires sociales. Cette entente prévoyait notamment quatre (4) semaines de vacances après un (1) an de service, une clause d'indexation intégrée aux échelles de salaire et un «enrichissement» des salaires (boni de vie chère). Malgré cela, des débrayages se poursuivent du côté de la F.I.I.Q. et des techniciens de laboratoire de la C.S.N. Une loi spéciale viendra mettre fin au débrayage des infirmières. Elle décrétait pour ces dernières leurs conditions de travail²⁰. En plus des pénalités pécuniaires en cas de désobéissance, la loi laissait la possibilité au gouvernement d'interrompre la perception des cotisations syndicales pendant une période de trois (3) à douze (12) mois si moins de 70 % des membres se conformaient à la loi. La loi prévoyait également pour les leaders syndicaux condamnés, l'interdiction d'occuper

17. *Loi ayant pour objet de limiter les marges bénéficiaires, le prix, les dividendes et les rémunérations au Canada*, S.C. 1974-75-76, c. 75.

18. *Loi concernant les mesures anti-inflationnistes*, L.Q. 1975, c. 16.

19. L.Q. 1975, c. 52.

20. *Loi concernant les services de santé dans certains établissements*, L.Q. 1976, c. 29.

toute fonction syndicale pendant les deux (2) ans suivant leur condamnation. Pour les membres refusant d'obéir, le montant devant être versé au titre de la rétroactivité de leur salaire était diminué de 10 % par jour d'absence.

Ce fut somme toute une négociation difficile, ponctuée d'arrêts de travail sporadiques et de lois spéciales, sans qu'elle n'atteigne cependant les hauteurs de la négociation précédente.

5- 5^e ronde de négociations (1979-80): la ronde préférentielle

Avant même que ne débute cette ronde de négociations, plusieurs changements surviennent. Il y a un nouveau gouvernement au pouvoir, celui du Parti Québécois, plus près des centrales syndicales. Ce gouvernement crée une commission d'enquête (la Commission Martin-Bouchard) pour réviser les règles du jeu en vigueur à l'époque²¹. Le mandat de la commission porte principalement sur la structure des négociations. Quelques mois auparavant, le gouvernement avait adopté un autre arrêté en conseil confiant au Conseil du trésor la responsabilité des négociations des secteurs public et parapublic²².

Donnant suite partiellement aux recommandations de la commission, l'Assemblée nationale adopte un nouveau cadre législatif pour les négociations des secteurs public et parapublic. La *Loi sur l'organisation des parties patronale et syndicale aux fins de négociations dans les secteurs de l'éducation, des affaires sociales et des organismes gouvernementaux*²³ (Loi 55) reconduit les principes de centralisation des négociations des deux lois précédentes. Le principe des agents négociateurs est repris en y ajoutant la création de comités patronaux de négociation représentant les associations patronales et le gouvernement; il y a un seul comité dans le secteur des affaires sociales. La loi confirme le rôle prépondérant du Conseil du trésor qui coordonne les négociations et émet les mandats de négociation des comités patronaux. La loi prévoit également des négociations préalables quant au partage des matières entre les niveaux local et national.

De plus, l'Assemblée nationale adopte la *Loi modifiant le Code du travail*²⁴ (Loi 59) qui abroge la Loi 253 sur les services essentiels et institue un conseil sur le maintien des services de santé et des services sociaux en

21. Arrêté en conseil 2412-77 du 27 juillet 1977.

22. Arrêté en conseil 1223-77 du 20 avril 1977.

23. L.Q. 1978, c. 14.

24. L.Q. 1978, c. 52.

cas de conflit de travail. Son mandat est d'informer le public sur les services maintenus en cas de conflit de travail. Le conseil n'a pas le pouvoir de déterminer les services essentiels. Ces derniers doivent être négociés au niveau local et à défaut d'entente, la partie syndicale détermine une liste de services essentiels à être maintenus en cas de conflit. L'exercice du droit de grève est conditionnel au dépôt d'une entente ou d'une liste syndicale. La loi prévoit cependant la possibilité pour le gouvernement de suspendre la grève pour une période de trente (30) jours si la santé ou la sécurité publique sont en danger. La loi crée aussi un conseil d'information sur les négociations, dont le rôle est d'informer le public sur les enjeux, les positions des parties et le déroulement des négociations. Finalement, la loi prévoit un échéancier de négociation avec des dates précises, notamment pour le début des négociations et le dépôt des demandes syndicales et des offres patronales.

Commencée en front commun par les centrales C.S.N., F.T.Q. et C.E.Q., la négociation allait cependant se régler à des moments différents pour chacune d'elles. Il y eut entente sur la constitution d'une table centrale (laquelle n'est toujours pas prévue dans la loi) pour négocier les salaires, le régime de retraite, certaines primes et les droits parentaux. Tout fut négocié au niveau national dans le secteur des affaires sociales.

Le gouvernement prend rapidement le contrôle de la négociation par des interventions publiques à l'effet que les employés des secteurs public et parapublic sont mieux payés que ceux du secteur privé. Il est permis de penser que sa stratégie ait été de vouloir régler rapidement les négociations pour mettre ses énergies dans la préparation du référendum. Dès l'automne 1979, il imprègne un rythme plus accéléré aux négociations en faisant des concessions sur les sujets discutés à la table centrale et en demandant aux comités patronaux de réduire leurs demandes à cinq (5). Du côté syndical, même si on prévoyait régler à l'automne, les demandes salariales notamment étaient beaucoup plus substantielles que les offres gouvernementales (265 \$ par semaine comme salaire minimum, indexation et enrichissement basé sur le P.I.B.).

Des recherches de mandats de grève sont alors déclenchées. Une grève d'avertissement d'une journée a lieu le 25 octobre. La réplique du gouvernement est instantanée. L'Assemblée nationale adopte la *Loi sur les propositions aux salariés des secteurs de l'éducation, des affaires sociales et de la fonction publique* (Loi 62)²⁵ qui, somme toute, oblige la partie syndicale à consulter ses membres sur les dernières propositions patronales

25. L.Q. 1979, c. 50.

et suspend le droit de grève pendant cette consultation (deux (2) semaines). Les réactions des centrales furent alors différentes. La F.A.S. (C.S.N.) opte pour la grève qui ne durera que quatre jours et se terminera par un règlement sur la question salariale et sur ses propres demandes sectorielles. Dans le secteur de l'éducation, on respecte la loi et reporte les moyens de pression en janvier. Il y eut alors trois (3) semaines de grève du personnel de soutien de la C.S.N. et des enseignants de la C.E.Q., puis une entente fut conclue.

En résumé, il semble bien que ce soit possible d'affirmer que cette 5^e ronde de négociations fut contrôlée et menée par le gouvernement. Il y eut moins de heurts que lors des deux négociations précédentes en raison à la fois du référendum qui s'annonçait et de concessions gouvernementales relativement rapides et substantielles (congé de maternité payé, sécurité d'emploi régionale, primes d'éloignement et salaires).

6- 6^e ronde de négociations (1982-83): la ronde des décrets

Il est bon de préciser immédiatement que dès la fin de la ronde précédente, on assiste dans le secteur de la santé et des services sociaux à des coupures importantes de postes, dues à une volonté gouvernementale de comprimer ses dépenses. De plus, les associations patronales n'ayant pas réussi lors de la 5^e ronde de négociations à modifier les conventions dans le sens qu'elles souhaitaient, elles reviennent à la charge dès le début de la 6^e ronde. Ajoutons à cela un contexte économique difficile et des problèmes très sérieux dans les finances publiques; nous avons une table bien dressée pour une ronde de négociations qui ne s'annonce pas particulièrement facile.

Le gouvernement prend les devants bien avant l'expiration des conventions; face à ses difficultés financières et à la récession économique qui s'installe en décembre 1981, il demande aux syndiqués des secteurs public et parapublic de renoncer à l'enrichissement prévu aux conventions. Essuyant un refus, il revient à la charge en 1982 en annonçant qu'il faut revoir le régime de retraite et qu'il n'y aura plus de clause d'indexation dans la prochaine convention. Il reprend les comparaisons entre les secteurs privé et public, en démontrant que les difficultés sont telles dans le secteur privé que les salariés renoncent à leurs acquis et annonce qu'il faudra faire de même dans les secteurs public et parapublic. Le gouvernement convie toutes les parties à un sommet économique en avril 1982. Il explique alors ses difficultés et les différentes solutions qu'il entrevoit, dont celle de l'ajustement des salaires dans les secteurs public et parapublic.

Dès les jours suivants, le gouvernement demande la réouverture des conventions et l'acceptation d'un «gel modulé» des salaires pour éviter des

prises à pied massives. La réponse tarde à venir de la part des centrales et le gouvernement dépose alors les Projets de loi 68 et 70. La Loi 68²⁶ modifie le partage des coûts du régime de retraite et réduit l'indexation des pensions du premier 3 % d'augmentation de l'indice des prix à la consommation. La Loi 70²⁷ prolonge les conventions de trois mois (jusqu'au 1^{er} avril 1983), période pendant laquelle le gouvernement réduit les salaires d'un peu moins de 20 % pour récupérer l'argent nécessaire afin de combler son déficit. La porte demeure ouverte aux négociations dans la mesure où on trouvait une autre façon de récupérer les mêmes montants. Malgré l'opposition des centrales et une manifestation des syndiqués à Québec, les lois sont adoptées en juin. Une troisième loi est aussi adoptée, la Loi 72²⁸ qui modifie le *Code du Travail* en créant un Conseil des services essentiels dont le mandat était d'évaluer la suffisance des services essentiels qui devaient être maintenus en tout temps et de faire rapport au ministre. Le gouvernement se réservait le pouvoir de suspendre le droit de grève en cas d'insuffisance de services mettant en danger la santé ou la sécurité du public.

Les négociations commencent donc avec d'un côté, le gouvernement et les associations patronales qui veulent récupérer des gains syndicaux (notamment sur la tâche des enseignants et dans les affaires sociales, sur les règles de disponibilité et les mécanismes de supplantation) et de l'autre, un front commun très fragile où les demandes sont très différentes, allant du *statu quo* à des améliorations substantielles de la convention. Ces négociations seront très pénibles. On assiste à un dialogue de sourds et très tôt, les organisations syndicales du front commun nouvellement formé partent à la recherche de mandats de grève. Une première grève de 24 heures est déclenchée le 10 novembre. Suit un ultimatum du gouvernement: dépôt de nouvelles offres finales, consultation des syndiqués et décret en cas de rejet. Ces offres sont rejetées et, malgré des contre-propositions syndicales, l'écart reste énorme.

Malgré des divergences d'opinion, la stratégie syndicale est d'aller chercher des mandats de grève pour exercice en janvier. Devant cela, le gouvernement se décide à déposer la *Loi concernant les conditions de travail dans le secteur public* (Loi 105)²⁹, qui décrète les conditions de travail jusqu'au 31 décembre 1985. Les coupures de salaire sont atténuées

26. *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les régimes de retraite*, L.Q. 1982, c. 33.

27. *Loi concernant la rémunération dans le secteur public*, L.Q. 1982, c. 35.

28. *Loi modifiant le Code du travail, le Code de procédure civile et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1982, c. 37.

29. L.Q. 1982, c. 45.

pour les bas salariés. Les mandats de grève sont obtenus et les débrayages sont annoncés à compter du 26 janvier avec l'ajout de secteurs de jour en jour. Les débrayages ayant débuté, les groupes négociant seuls (dont les infirmières) font des ententes avec le gouvernement en atténuant certains effets des décrets. Les négociations se poursuivent groupe par groupe et après une manifestation importante à Québec (30 000 syndiqués), c'est au tour de la F.A.S. de conclure une entente de principe qui sera cependant rejetée par les délégués des syndicats. Leur débrayage ayant été annulé suite à l'entente, de nouveaux mandats de grève sont demandés et rejetés par les membres. La F.T.Q. trouve un règlement à son tour et il ne reste plus que les enseignants en grève. Suite à de nouvelles propositions gouvernementales, à un nouveau rejet des enseignants et à des mandats de grève plus forts qu'auparavant, l'Assemblée nationale, pour mettre fin à la grève, adopte la *Loi assurant la reprise des services dans les collèges et les écoles du secteur public* (Loi 111)³⁰. Cette loi particulièrement sévère comportait des amendes, des pertes de salaire de deux jours par jour de grève et, suite à l'adoption d'un décret gouvernemental, la possibilité de perte d'ancienneté (trois (3) ans par jour de grève), de congédiement des récalcitrants et de cessation de la retenue des cotisations syndicales et du paiement des libérations syndicales et des frais d'arbitrage. Cette loi restait en vigueur jusqu'à l'expiration des décrets. En contrepartie, le gouvernement instituait une commission parlementaire spéciale et une médiation extraordinaire pour tenter d'atténuer l'effet des décrets.

Ce fut donc une ronde où il n'y eut pas ou peu de négociations et où les enjeux sectoriels étaient beaucoup plus importants dans l'éducation que dans les affaires sociales, ce qui explique que la plupart des heurts eurent lieu dans ce secteur.

7- 7^e ronde de négociations (1986): retour aux conventions

Non satisfait de la ronde antérieure, le gouvernement publie en 1984 un document de consultation en vue de modifier le régime de négociation: «Recherche d'un nouvel équilibre»³¹. Le document est mal reçu par les syndicats et donne naissance à la «coalition pour le droit de négocier». Plusieurs interventions sont faites par la coalition dénonçant les intentions du gouvernement de réduire le champ des matières négociables, de

30. L.Q. 1983, c. 1.

31. *Recherche d'un nouvel équilibre, réforme du régime de négociations du secteur public*, Document de consultation, Gouvernement du Québec, 1984.

décentraliser les négociations et d'enlever le droit de grève. Une manifestation eut lieu à Québec le 20 avril 1985.

Malgré cette opposition, l'Assemblée nationale adopte, le 19 juin 1985, la *Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic*³² (Loi 37). Cette loi reprend le système des agents négociateurs, mais elle crée cinq (5) sous-comités patronaux dans les affaires sociales (représentant les différents types d'établissements) en plus du comité patronal sectoriel. Leur rôle respectif est précisé dans la loi. Le Conseil du trésor maintient son rôle de commande dans les négociations et on lui ajoute une mission importante dans la détermination des salaires. En effet, ces derniers ne sont négociables que pour la première année de la convention. Pour les deux autres années, ils sont déterminés par règlement du gouvernement, élaboré par le Conseil du trésor, après négociation avec les parties et audition devant une commission parlementaire, mais sans droit de grève. Concernant les salaires, la loi crée un Institut de recherche et d'information sur la rémunération (I.R.I.R.) chargé de faire des études comparatives entre la rémunération dans les secteurs public et parapublic et celle des autres salariés québécois. Comme condition pour l'exercice du droit de grève, la loi impose un pourcentage variant entre 55 % et 90 % de services à maintenir, selon le type d'établissement. De plus, la loi donne de nouveaux pouvoirs au Conseil des services essentiels concernant l'approbation des ententes ou des listes syndicales, la détermination des services essentiels et même l'imposition de certaines mesures de redressement en cas de violation de la loi. La loi prévoit également, selon les secteurs, des sujets devant faire l'objet de négociations locales (surtout dans l'éducation) ou d'arrangements locaux suite aux négociations nationales (dans les affaires sociales). Finalement, comme condition d'obtention du droit de grève, qui n'est d'ailleurs permise qu'à l'égard des matières négociées au niveau national, la loi prévoit l'intervention d'un médiateur et une période d'attente de vingt (20) jours après le rapport de ce dernier. Au niveau des négociations locales, les parties peuvent faire appel à un médiateur-arbitre en cas de besoin³³.

32. L.Q. 1985, c. 12; L.R.Q., c. R-8.2.

33. Pour une intéressante analyse des dispositions de cette nouvelle loi, voir Fernand Morin, «Rapports collectifs du travail dans les secteurs publics québécois ou le nouvel équilibre selon la loi du 19 juin 1985», (1985) 40 *Relations Industrielles* 629. Sur le même sujet, voir également François Delorme et Denis Gagnon, «À l'aube de la prochaine ronde de négociation dans les secteurs public et parapublic. Un nouvel encadrement, de meilleurs résultats?» (1985) vol. 6, n° 11, (supplément) *Le Marché du travail*; Jacques-André Lequin, «La nouvelle Loi sur les négociations dans les secteurs public et parapublic: son impact pour l'administration hospitalière», (1986) 32 *Administration hospitalière et sociale* 5.

C'est donc d'un nouveau cadre de négociations édicté sous le gouvernement précédent que va hériter le gouvernement libéral de Robert Bourassa. Du côté syndical, suite aux déboires du dernier front commun et à l'imposition de décrets, chacune des centrales entreprendra elle-même sa négociation avec comme objectif premier de mettre fin au régime des décrets. A cet égard, le réalisme va l'emporter et la négociation se fera sur la base de quelques priorités plutôt que d'une série de demandes modifiant l'ensemble de la convention. De plus, considérant le contexte économique et l'objectif de se redonner une crédibilité, la plupart des organisations syndicales vont choisir de ne pas tenter de récupérer les pertes salariales dues aux décrets.

Un premier accrochage aura lieu cependant avec la F.A.S. sur le partage des matières à négocier entre la table sectorielle et les cinq (5) tables sous-sectorielles créées par la nouvelle loi. En effet, alors que la partie patronale souhaite faire cinq (5) négociations, la partie syndicale s'en tient à une négociation d'abord sectorielle, quitte à examiner ensuite des questions propres à chaque type d'établissement. Ces pourparlers vont retarder la négociation véritable de plus de six (6) mois et même engendrer quelques moyens de pression dans certains établissements. Finalement, après un compromis où la table sectorielle prenait une place prépondérante, les véritables négociations débutaient. Pendant ce temps, les négociations se poursuivaient avec les autres groupes dont ceux représentant les infirmières. Une journée de grève de la F.S.P.I.I.Q. fut déclenchée en juin en appui à leurs négociations.

Les négociations de la F.A.S. (C.S.N.) se retrouvèrent rapidement dans l'impasse et des moyens de pression locaux furent d'abord utilisés, notamment des assemblées syndicales sur les heures de travail le 28 octobre 1986. Puis, une première grève de vingt-quatre (24) heures étalée sur trois (3) jours (par région administrative) fut décidée par la F.A.S. à compter du 11 novembre 1986. Au même moment, les infirmières de la F.Q.I.I. débrayèrent pendant une journée. Le gouvernement réagit immédiatement et le soir même du premier jour du débrayage, adopta la *Loi assurant le maintien des services essentiels dans le secteur de la santé et des services sociaux*³⁴ (Loi 160). Cette loi constituait en quelque sorte les «dents» de la Loi 37 sur le régime de négociation. Comme cette dernière, elle est permanente et vise le respect des services essentiels prévus à la Loi 37. Des pénalités très sévères y sont prévues, tant en terme d'amendes (de 5 000 \$ à 25 000 \$ pour les dirigeants syndicaux et de 20 000 \$ à 100 000 \$ pour les

34. L.Q. 1986, c. 74.

associations ou centrales, par jour de grève), qu'en terme de pertes de salaire, puisque chaque jour de grève fait perdre deux jours de salaire au salarié. De plus, une infraction à la loi entraîne la perte d'un (1) an d'ancienneté par jour de grève et la cessation de la retenue des cotisations syndicales pendant douze (12) semaines par jour de grève.

La loi fut respectée dans un premier temps, mais par la suite, les syndicats de la F.A.S. retournèrent chercher des mandats de grève. Le vote fut divisé chez les membres et le mandat trop équivoque pour être exécuté. En conséquence, après des négociations intensives et alors que les délégués du Conseil fédéral étaient réunis aux frais des employeurs depuis une semaine, une entente de principe eut lieu avant la période des fêtes. La négociation des détails des clauses se poursuivit encore longtemps par la suite, mais sans autres moyens de pression. Les autres groupes syndicaux conclurent également des ententes sans autre heurt majeur.

On assista, somme toute, à une ronde de négociations relativement calme, marquée surtout d'une volonté syndicale de signer des conventions plutôt que d'hériter de nouveaux décrets. Elle se terminait par des gains modestes sur les clauses non pécuniaires surtout, par la mise sur pied de comités ou de projets pilotes sur les questions les plus controversées, comme l'équité salariale et la transformation des heures faites sur appel en postes et enfin, par la négociation des salaires pour les trois (3) années de la convention, contrairement à ce qui était prévu dans la loi. C'était une ronde qui indiquait également la volonté syndicale de ne pas être contraint à des grèves purement symboliques comme lui imposait la loi.

8- 8^e ronde de négociations (1989): une ronde électorale

Compte tenu de la longueur de la ronde précédente et du peu de temps avant la reprise des négociations, le gouvernement proposa de prolonger d'un (1) an les conventions, moyennant une augmentation des salaires de 4 %. Les réponses des associations syndicales furent différentes. La F.T.Q. et les professionnels du gouvernement acceptèrent, alors que la plupart des autres groupes refusèrent, dont les infirmières, la C.E.Q. et la C.S.N. Ces derniers voulaient faire avancer le plus rapidement possible d'autres questions, comme celle de l'équité salariale. À noter qu'à la suite de la négociation précédente, les différents groupements de syndicats d'infirmières s'étaient regroupés en une fédération unique, la F.I.I.Q. Ce sont d'ailleurs elles qui vont donner le ton à la négociation, en présentant un dossier de revendications qui va trouver écho dans le public par sa qualité et, il faut le reconnaître, en raison d'une conjoncture favorable. Mais, l'une des principales revendications des infirmières étant un rattrapage salarial

important, il paraissait extrêmement difficile de faire reculer le gouvernement sur la hausse salariale de 4 % déjà acceptée par certains syndicats.

C'est au printemps de 1989 que la négociation s'intensifie. Des moyens de pression «légers» contre les administrations locales sont utilisées par la F.A.S. Les infirmières, quant à elles, utilisent le refus de faire du temps supplémentaire et la limitation de leur disponibilité pour créer des difficultés certaines aux administrations locales. Alors que la grève semble être devenu le seul moyen de mettre encore plus de pression sur le gouvernement, une entente de principe intervient avec la F.I.I.Q. Cette entente sera par la suite rejetée par les membres parce qu'elle ne satisfaisait pas assez certaines attentes, notamment celles concernant le rattrapage salarial. Le gouvernement annonce des élections pour la fin du mois de septembre. La stratégie syndicale sera alors d'accentuer les moyens de pression avant l'élection. À la mi-septembre, en pleine campagne électorale, eut donc lieu une (1) semaine de grève générale initiée d'abord par les infirmières, puis suivie par la F.A.S. Après une trêve annoncée par la F.I.I.Q. et une reprise des négociations, un règlement intervint avec ce groupe. Devant l'application de la Loi 160, notamment la perte d'ancienneté et l'arrêt de la perception des cotisations syndicales, et devant la reprise des négociations avec les infirmières, la F.A.S. annonce aussi une trêve. La reprise des négociations avec ce groupe se fera cependant attendre et le règlement surviendra beaucoup plus tard, en raison, entre autres, des demandes des associations patronales concernant les frais d'arbitrage.

Ce fut une autre ronde difficile, ponctuée d'arrêts de travail et de sanctions. Pour la première fois, il y eut perte d'ancienneté chez les salariés en plus de la double perte de salaire et de l'arrêt de la perception des cotisations syndicales par l'employeur. Il n'y eut cependant pas de nouvelles lois spéciales, puisque la dernière loi (Loi 160) avait été adoptée sur une base permanente. Les salaires furent négociés encore une fois pour trois (3) ans malgré la loi, bien que l'augmentation de 4 % de la première année fut maintenue. Seules les infirmières purent y ajouter un montant forfaitaire. Le dossier d'équité salariale fit des progrès certains, de même que celui de la transformation des heures de la liste de rappel en postes réguliers. Les infirmières effectuèrent un certain rattrapage, par le biais du salaire, mais aussi par celui des primes de nuit et de fins de semaine.

II - PROBLÉMATIQUE PARTICULIÈRE À LA NÉGOCIATION DANS LE SECTEUR DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX

À la lumière des expériences passées et de l'encadrement législatif actuel des négociations du secteur de la santé et des services sociaux, nous allons tenter de dégager les éléments particuliers à considérer dans le débat portant sur la réforme possible de ce régime de négociation. Cela sera fait au regard des mécanismes prévus au *Code du travail*, des particularités de l'État employeur et du choix entre le droit de grève et l'arbitrage obligatoire.

A- Au regard du Code du travail

Il y a lieu de reprendre les remarques faites par plusieurs auteurs³⁵ sur les problèmes suscités par l'encadrement des négociations du secteur de la santé et des services sociaux en regard des objectifs poursuivis par le *Code du travail*.

1- L'accréditation et les unités de négociation

Le *Code du travail* a été conçu pour reconnaître légalement à un syndicat, par le moyen de l'accréditation, le droit exclusif de représenter un groupe de salariés d'un employeur aux fins de négocier une convention collective. On visait donc une liberté d'association et de négociation presque totale au niveau de l'employeur et même de l'établissement. On ne peut que constater, dans le secteur de la santé et des services sociaux que, malgré le fait que l'accréditation soit toujours détenue par le syndicat local, sa finalité, la négociation d'une convention collective, ne lui appartient plus. En effet, les différentes lois d'encadrement des négociations de ce secteur ont toutes imposé la négociation centralisée par gros blocs. Comme cette centralisation a été recherchée à la fois par les syndicats pour uniformiser les conditions de travail de leurs membres et par le gouvernement pour

35. Les principaux auteurs consultés ont été: Gérard Hébert, «Le régime québécois des secteurs public et parapublic - Réflexions», (1982) 37 *Relations Industrielles* 420; Lucien Bouchard, «Le régime québécois de négociation des secteurs public et parapublic. À quand la maturité?», (1982) 37 *Relations Industrielles* 411; Jacques Desmarais, *Le secteur public: un code du travail particulier?*, 14^e Colloque des relations industrielles, Université de Montréal, École de relations industrielles, 1983, p. 174; Jean Boivin, «Règles du jeu et rapport de force dans les secteurs public et parapublic québécois», (1979) 34 *Relations Industrielles* 3; Lucien Bouchard et Yves Martin, *Rapport de la Commission d'étude et de consultation sur la révision du régime des négociations collectives dans les secteurs public et parapublic*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978.

contrôler plus facilement les finances publiques, on peut se demander s'il est souhaitable de maintenir cette «soi-disant» liberté d'association au niveau local. En effet, quand on examine le résultat des rondes de négociations, on peut se demander si la liberté d'association consentie aux quelques groupes non affiliés à une centrale syndicale ne se fait pas au détriment de leur participation aux négociations. À part le cas des infirmières, tous les règlements ont été faits avec les grandes centrales, et les plus petits groupes ont hérité du «modèle», qu'ils l'aient voulu ou non. Si la centralisation est l'objectif premier et qu'on veut réduire au minimum le nombre de tables de négociation, on peut songer à rendre plus conforme la porte d'entrée aux négociations que constitue l'accréditation, en s'inspirant par exemple de la *Loi sur la fonction publique*³⁶ (accréditations législatives ou réglementaires) ou de la *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'oeuvre dans l'industrie de la construction*³⁷ (désignation des centrales comme groupes habiles à négocier).

Si, par contre, il est important de maintenir la liberté d'association et le lien premier entre l'employeur de tous les jours et ses salariés, comment peut-on «dégrossir» la machine actuelle sans perdre l'avantage certain d'avoir à la table de négociation celui qui assume le coût des services, le gouvernement? Doit-on tenter de conserver l'un et l'autre et peut-on améliorer la façon de faire?

2- La négociation elle-même

Plusieurs auteurs³⁸ ont déjà soulevé que le type de négociation prévu au *Code du travail* était conçu en fonction d'un marché concurrentiel où, en cas de pénurie d'un produit, des substituts existent pour remplacer ce dernier. Cette situation se conçoit aisément dans le secteur privé, mais dans le secteur de la santé et des services sociaux, les services offerts le sont ou ne le sont pas. Il n'y a pas de substitut, le marché est captif. Dans le secteur privé, les forces du marché interviennent sur la demande du produit et l'établissement de son prix. Les parties, dans le cadre de leurs négociations, sont obligées de tenir compte de l'effet qu'aura leur règlement sur la demande pour ce produit. Dans les secteurs public et parapublic et particulièrement dans celui de la santé et des services sociaux, la demande pour les services est à toutes fins utiles inélastique et il est évident que les

36. L.R.Q., c. F-3.1.1, art. 64 et suiv.

37. L.R.Q., c. R-20, art. 42 et suiv.

38. Mentionnons, entre autres, Gérard Hébert, *op. cit.*, note 4; Harry H. Wellington et Ralph K. Winter Jr., «The Limits of Collective Bargaining in Public Employment», (1969) 78 *Yale Law Journal* 1107.

forces économiques du marché n'y jouent pas leur rôle. Toutefois, certains auteurs, comme Burton et Krider³⁹, pensent que l'impact possible d'une hausse des impôts et la surveillance du public peuvent suppléer en quelque sorte à l'auto-réglementation constatée dans le secteur privé.

La négociation, telle qu'imaginée par les règles du *Code du travail*, avait également pour but d'équilibrer le rapport de force entre les parties pour qu'elles règlent elles-mêmes leurs problèmes. La centralisation des négociations autour du véritable employeur qu'est l'État permet à coup sûr à la partie syndicale de négocier avec l'interlocuteur privilégié, du moins sur toutes les questions à incidence pécuniaire. Mais, en même temps, peut-on vraiment prétendre que les problèmes rencontrés par les parties locales lors de l'application de la convention collective trouvent écho lors de ces négociations centralisées? Est-ce possible, dans le cadre d'une négociation regroupée de tout un secteur, de trouver le temps et les énergies pour régler les difficultés plus locales? Ne se contente-t-on pas d'aborder seulement les grandes questions et les principaux problèmes? Cette façon de faire n'empêche-t-elle pas l'émergence d'initiatives nouvelles, sur l'organisation du travail par exemple, et ne favorise-t-elle pas exagérément le statu quo? Les nombreuses «ententes» que les parties locales concluent pendant la durée d'une convention collective répondent-elles aux vœux des parties ou ne reflètent-elles pas plutôt une volonté des parties locales de s'accaparer de certaines questions et d'aller beaucoup plus loin que ne le permettent les règles actuelles?

3- L'application de la convention collective

Comme nous l'avons déjà dit, le *Code du travail* vise une négociation faite par les parties nommées dans l'accréditation, donc une convention collective qui est le fruit du milieu de travail. Par conséquent, son application est aussi l'affaire des gens du milieu. Or, dans le secteur de la santé et des services sociaux, même si la convention n'est pas négociée directement par les parties locales, son application retourne aux gens du milieu, du moins en principe. En effet, même si effectivement les parties locales gèrent une certaine portion de la convention, on peut constater qu'une part de celle-ci est interprétée par des cadres éloignés du milieu de travail. Cette convention n'est-elle pas en train de devenir une espèce de loi ou de règlement issu d'un palier supérieur et parachuté aux parties locales?

39. John F. Burton Jr. et Charles Krider, «The Role and Consequences of Strikes by Public Employees», (1969-70) 79 *Yale Law Journal* 418.

Les remarques de plus en plus nombreuses, tant patronales que syndicales, à l'effet qu'on ne se reconnaît plus dans ce document sont-elles fondées?

4- Le droit de grève

Le *Code du travail* a choisi, pour la très grande majorité des salariés, un seul mode de règlement des différends: le droit de faire la grève. Sans revenir sur tous les arguments qui ont présidé à ce choix, mentionnons toutefois que la très grande majorité des spécialistes dans le monde des relations du travail sont d'avis que les droits de grève et de lock-out constituent le meilleur moyen pour que les parties règlent elles-mêmes leurs problèmes. Ces personnes avancent même qu'il ne peut y avoir de *véritable* négociation sans droit de grève. Ce droit de grève est exercé à l'encontre de l'employeur en escomptant que les coûts de la grève soient pour lui plus grands que ceux de la conclusion de la convention collective. Il a par ailleurs comme frein le coût qu'impose la grève aux salariés et le risque de la disparition de certains emplois ou de tous si on ne tient pas suffisamment compte de la concurrence. Ce rapport de force, dans le secteur privé, s'exerce sur le terrain économique et vise l'employeur lui-même. Dans le secteur de la santé et des services sociaux, le même moyen ne prive aucunement l'employeur de revenus. Pour atteindre le vrai responsable des services, soit le gouvernement, la grève doit constituer pour lui une pression politique par le biais de coupures de services aux citoyens-électeurs. Une tierce partie, non liée directement aux négociations, doit donc être touchée par la grève pour que ce moyen ait quelque efficacité. L'employeur plus immédiat des salariés, même s'il en subit les contrecoûps directs, est moins affecté par la grève que ne l'est le gouvernement, puisque c'est ce dernier qui est le responsable de l'intérêt public. Nous reviendrons plus loin sur cette question.

B- L'intervention de l'État dans les négociations et ses conséquences

1- Qui est le véritable employeur?

Les salariés du secteur de la santé et des services sociaux ont-ils deux employeurs? L'un pendant la durée de la convention pour son application et un autre pour la négociation de cette convention? Yves Ouellette, dans un article paru dans la revue «Relations industrielles» en

1970⁴⁰, s'est demandé si les salariés du secteur parapublic n'étaient pas en fait des fonctionnaires de l'État? Selon lui, comme leur salaire figure au budget de l'État, même s'ils le reçoivent par personne interposée, et comme ils participent au fonctionnement d'un service public que contrôle l'État, on pourrait concevoir aisément qu'ils sont des fonctionnaires de l'État. Si on poursuit ce raisonnement jusqu'au bout, ces «nouveaux» fonctionnaires pourraient être intégrés à la fonction publique et les établissements du réseau intégrés au ministère de la Santé et des Services sociaux. Nous serions alors dans un régime de droit public. Dans un tel régime conçu à l'état pur, l'État nommerait d'office ses employés et pourrait déterminer d'autorité leurs conditions de travail, ce que l'État québécois ne fait plus depuis longtemps car il a, en quelque sorte, consenti à partager sa fonction et sa nature étatique avec les syndicats. Quels seraient les avantages de cette formule? On se débarrasserait peut-être d'un système dont le fonctionnement est boiteux et plein d'équivoques, un régime artificiel qui prétend tenir compte des petites unités de négociation alors qu'en fait, tout est l'oeuvre de l'État. Pour les employés de l'État, cette solution promet-elle des jours meilleurs, des conditions de travail plus avantageuses? Cette idée permet-elle à l'État d'envisager des interventions plus sereines? Le public serait-il comblé? Plus de négociation, plus de moyens de pression? N'est-ce pas plutôt un retour en arrière? Il le semble bien.

Dans les faits et même un peu en droit, y compris depuis 1965, non seulement pour les fonctionnaires de l'État mais aussi pour l'ensemble de la société québécoise, on identifie les employés de l'État beaucoup plus à des salariés qu'à des «incarnations» de l'État. Dans le secteur de la santé et des services sociaux, les salariés sont payés par des établissements autonomes qui exercent à leur égard l'autorité. L'accréditation émise en vertu du *Code du travail*, comme pour tous les autres salariés, les introduit dans un régime de droit privé. N'a-t-on pas, à toutes fins utiles, oublié la présence de l'État et considéré ces salariés comme de simples employés d'entreprises privées? A-t-on tenté de bénéficier uniquement des avantages du régime privé, tout en occultant la dimension éminemment publique de toute relation avec l'État? Si les parties n'ont pas trouvé souhaitable de se situer dans un régime de droit public et qu'il est impossible, à cause de la nature même de l'État, de fonctionner dans le cadre du régime de droit privé tel qu'il existe actuellement, peut-on trouver des aménagements qui rendraient ce dernier acceptable pour tous les intervenants?

40. Yves Ouellette, «Le régime syndical et les unités de négociation dans les secteurs hospitalier et scolaire», (1970) 25 *Relations Industrielles* 445.

2- L'État est législateur, il est employeur et toujours souverain

Dans une société organisée et démocratique comme la nôtre, l'État est le représentant de l'ensemble des citoyens. Sa finalité première est l'intérêt public. Comme la société comprend plusieurs intérêts divergents, un des rôles de l'État est celui de concilier ces derniers et ultimement d'arbitrer les conflits entre ces intérêts. C'est là un des attributs de l'État souverain. À cet égard, il convient de rappeler, comme le fait Yves Ouellette dans le texte précité, qu'il faut accepter la suprématie de l'État, car un État sans souveraineté signifie des souverainetés sans État, et donc l'anarchie. À la limite, l'État pourrait garder intacte et totale sa souveraineté, en refusant de véritables négociations avec ses employés et en acceptant de simples pourparlers ou échanges. Mais il a accepté de limiter sa discrétion et de partager une portion de sa souveraineté en négociant avec ses employés. Cette négociation peut-elle se faire d'égal à égal comme dans le secteur privé? Même si l'on tente de le faire en refusant ou, tout au moins, en cachant cette inégalité fondamentale entre l'État et les citoyens ou un groupe de ces derniers, il n'en reste pas moins que l'État ne peut en aucune façon se départir de sa nature profonde, c'est-à-dire sa souveraineté, sa suprématie. En d'autres mots, il est illusoire de dissocier l'État employeur et l'État législateur, et toute négociation de l'État avec ses salariés est peut-être nécessairement un exercice qui conserve toujours un certain caractère artificiel. En somme, lorsque le souhait des syndicats de négocier avec le véritable employeur, c'est-à-dire l'État, a été exaucé, ils se sont retrouvés nécessairement en présence non seulement de l'État employeur, mais aussi de l'État gardien de l'intérêt public général et de l'État législateur. On pourrait cependant s'attendre à ce que ceux qui exercent le pouvoir au nom de l'État le fasse avec modération, justice et équité. Il serait donc regrettable que l'on revoie des manoeuvres de discrédit de certains salariés aux yeux de la population et à leurs propres yeux.

Pour prendre ses décisions, l'État procède toujours par loi, par règlement ou par arrêté en conseil. Même quand il négocie, les deniers publics dont il a besoin pour honorer ses engagements doivent être votés par l'Assemblée nationale. Théoriquement, l'Assemblée nationale pourrait même refuser d'honorer l'engagement pris par le gouvernement lors des négociations. Dans notre système, cela est peu probable puisque l'exécutif contrôle le législatif, même si une telle situation pourrait survenir en cas de gouvernement minoritaire. Mais il faut rappeler qu'il ne peut exister d'égalité véritable entre l'État et ses employés, la suprématie du premier lui étant conférée par son mandat de gestion de l'intérêt public. Même si les revendications de ses employés étaient tout à fait fondées, l'État pourrait

décider que l'intérêt public exige que les sommes nécessaires pour les satisfaire soient consacrées à d'autres fins prioritaires. Cette réalité due à la nature particulière de l'État comme employeur n'est pas sans conséquence sur les négociations. Combien de fois a-t-on entendu les syndicats dire que l'État reprenait d'une main ce qu'il donnait de l'autre ou bien que l'État était à la fois juge et partie? Bien plus, il convient de rappeler qu'en 1982, l'État a retiré à ses salariés ce qu'il leur avait consenti antérieurement, en invoquant l'intérêt public. Sans nous prononcer sur le bien-fondé du geste, on ne peut que constater que l'État avait l'autorité pour le faire. Sans insister outre mesure sur cette particularité, on ne peut non plus tenter de l'oublier et de faire comme si l'État était un employeur ordinaire. La conséquence première, c'est qu'en plus de situer la négociation sur le plan des relations du travail, c'est sur le terrain du droit public et de la politique qu'il faut la voir. Sur ce terrain, les règles prévues au *Code du travail* permettent-elles vraiment de régler les impasses? Au-delà de la tendance qu'auront certains de ne plus vouloir d'un tel employeur, comment concilier l'intérêt d'avoir à la table de négociation le véritable bailleur de fonds et la difficulté de traiter avec quelqu'un qui a la responsabilité finale de fixer seul les limites de la négociation et toutes les règles du jeu?

3- Les débats autour de cette question

Sans prétendre résumer toute la littérature sur le sujet, nous ne pouvons passer sous silence le débat important qui a eu cours aux États-Unis sur cette question. La thèse dominante était celle de Harry H. Wellington et Ralph K. Winter jr.⁴¹. Ces deux auteurs prétendaient qu'on ne pouvait transférer les règles du secteur privé dans le secteur public. La négociation collective avec le droit de grève pour dénouer les impasses est nécessaire dans le secteur privé pour compenser le rapport de force inégal qu'engendre la négociation individuelle. Ces auteurs expriment l'avis que le transfert de ce même rapport de force dans le secteur public est inadéquat parce qu'il favorise indûment les employés de l'État. Les coûts sociaux engendrés par la grève dans le secteur privé et qui sont avant tout économiques sont en quelque sorte pondérés par les forces du marché qui jouent sur les décisions des parties. Dans le secteur public, ces coûts qui sont politiques plutôt qu'économiques sont plus élevés que les bénéfices à cause de la demande inélastique pour les services, de l'absence de substituts et du caractère essentiel des services offerts. De plus, ces auteurs constatent que la grève donne à un groupe de pression, les employés de l'État, une arme que ne possède aucun autre groupe. Cette arme affecte d'ailleurs beaucoup plus de

41. *Op. cit.*, note 38.

monde qu'elle ne le fait dans le cas d'une entreprise privée. La négociation se déroule dans un rapport d'inégalité et il y a distorsion du processus politique puisqu'un groupe peut réussir à lui seul à modifier la distribution des revenus de l'État. Voici en substance l'argumentation tenue par ces auteurs pour ne pas appliquer dans le secteur public les règles de la négociation collective du secteur privé.

Selon d'autres auteurs cependant, et particulièrement Paul Weiler⁴², éliminer la négociation collective pour les employés des services publics⁴³ risque de conduire à l'abus de l'autorité patronale. Il fait remarquer que le gouvernement négocie également avec plusieurs autres partenaires (subvention, contrats, etc.); alors pourquoi pas avec ses employés? Il souligne également que les services offerts par l'État ne sont peut-être pas tous essentiels du seul fait qu'ils proviennent de l'État plutôt que du secteur privé. Il cite à cet égard l'exemple du service postal et celui de la téléphonie. Tout en reconnaissant le caractère politique plutôt qu'économique de ces négociations ainsi que les dommages causés au public privé de services essentiels qui n'ont aucun substitut, Weiler défend le principe qu'il faut laisser aux parties elles-mêmes le soin de régler leurs différends, en leur donnant les outils nécessaires tout en minimisant l'impact sur le public. Il rappelle qu'il n'y a que trois façons de trouver un règlement lorsqu'une négociation est dans une impasse: en donner les moyens aux parties elles-mêmes, faire intervenir un tiers pour qu'il décide à leur place, ou faire prévaloir la position de l'une des deux parties. Il rejette cette dernière voie parce que contraire au principe de la libre négociation. À son avis, l'arbitrage obligatoire (ou ses dérivés comme le choix entre les meilleures offres finales) est incompatible avec le principe même de la négociation et contraire aux valeurs inhérentes à la liberté de contracter. Les solutions doivent plutôt venir de ceux qui vivent et donc connaissent vraiment les problèmes. En plus de la frustration de la partie «perdante» et des conséquences néfastes qu'engendre l'arbitrage obligatoire dans le travail quotidien, Weiler estime que ce type de règlement des différends enlève toute la pression que le droit de grève peut procurer pour que les parties trouvent elles-mêmes une solution convenable. De plus, l'arbitrage obligatoire peut conduire à de moins grands efforts de règlement à la table de négociation car les parties, sachant que l'arbitre tranche souvent la «poire» en deux, préfèrent garder du «gras» dans leurs positions. À son avis, l'arbitrage

42. Paul Weiler, *Reconcilable Differences*, Toronto, The Carswell Company Limited, 1980, pp. 209-248. Voir également Clyde W. Summers, «Public Employee Bargaining: A Political Perspective», (1973-74) 83-2 *Yale Law Journal* 1156.

43. L'expression «services publics» est ici employée dans son sens général et non dans le sens technique qu'elle acquiert dans le *Code du travail*.

obligatoire ne crée pas de «momentum» favorable à la recherche d'un règlement et va même jusqu'à créer un «chilling effect», c'est-à-dire une habitude de plus en plus grande à s'en remettre à un tiers plutôt que de faire des efforts souvent douloureux, par exemple des concessions impopulaires, pour tenter de trouver un terrain d'entente. Il opte finalement pour une grève «contrôlée» comportant l'obligation d'assurer les services essentiels au moyen d'employés «désignés» dans les secteurs où la santé ou la sécurité publique peuvent être menacées. Mais la grève ne doit pas être uniquement symbolique. Elle doit être réelle par la réduction de services moins vitaux et doit constituer une pression sur le public qui, à son tour, par sa réaction, exerce une pression sur l'État et sur les syndicats. L'auteur suggère également qu'une grève dans les hôpitaux ne devrait jamais affecter l'ensemble des établissements dès le départ, mais se faire graduellement en intensifiant la pression si aucun règlement ne survient. Il propose également la création d'une commission neutre qui pourrait intervenir en cas de grève et suggérer au gouvernement une façon de régler le différend, le gouvernement demeurant le seul à décider en dernier ressort. Même si sa façon de considérer la négociation collective n'écarte pas toutes les difficultés, Weiler estime que la grève est moins imparfaite que ne l'est l'arbitrage obligatoire.

C- Dans les services de santé et les services sociaux: le droit de grève ou l'arbitrage obligatoire?

Il faut de toute évidence reconnaître la nécessité d'avoir un outil pour dénouer les impasses dans la négociation. Implicitement, le gouvernement québécois du début des années soixante s'est situé dans le courant de la thèse de Weiler en accordant aux salariés des secteurs public et parapublic le droit de faire la grève. Or, si la grève imaginée par Weiler se conçoit plus aisément dans des négociations locales, elle devient plus difficile à accepter dans une négociation par gros blocs. Les parties reconnaissent qu'un véritable droit de grève tel qu'il existe dans le secteur privé ne peut être utilisé dans le secteur de la santé et des services sociaux. Elles s'entendent également sur la nécessité de maintenir des services essentiels. C'est sur la quantité de ces derniers et sur l'identité de la personne, du groupe ou de l'organisme qui a la responsabilité de leur détermination que les discussions achoppent. Certains prétendent que tout est essentiel dans le domaine de la santé et services sociaux, alors qu'à l'opposé, d'autres estiment que seulement les services «vitaux» doivent être maintenus. Les tentatives de définition de «l'essentialité» des services ont toutes échoué.

Dans la première partie de ce texte, nous avons souligné différentes lois ayant traité des services essentiels. Rappelons sommairement les tentatives de définition et d'implantation de mécanismes pour le maintien de

ces services essentiels. Depuis 1975, le législateur a toujours fait appel aux parties locales pour qu'elles s'entendent sur les services essentiels à maintenir en cas de conflit⁴⁴. Avant cette période, aucune disposition législative ne prévoyait le maintien de services essentiels en temps de grève. Entre 1975 et 1985, le niveau des services à maintenir était laissé à l'appréciation des parties ou, à défaut d'entente de leur part, tour à tour à un commissaire aux services essentiels ou un de ses adjoints (1975), à la partie syndicale seule (1978) ou à un conseil des services essentiels (1982). Lorsqu'on examine les rapports des organismes chargés de veiller au respect de ces législations, on se rend compte que l'expérience semble satisfaisante⁴⁵. Dans la très grande majorité des cas, les services essentiels auraient été maintenus. Mais quels services essentiels? Comment se fait-il que les règles aient changé d'une négociation à l'autre? A-t-on vraiment laissé le temps à une formule ou l'autre de faire ses preuves? Est-on capable de définir un niveau de services «essentiels» qui laisserait un impact à la grève? Grève et services essentiels s'opposent-ils dans le secteur de la santé et des services sociaux? Les libertés syndicales et le droit à une négociation véritable sont-ils conciliables avec les droits fondamentaux à la vie, à la sûreté et à l'intégrité de la personne garantis par nos Chartes?⁴⁶ Depuis 1985, le niveau de services à maintenir en temps de conflit est prévu dans la loi. Ce niveau varie entre 55 % et 90 % selon le type d'établissement. Cependant, dans la très grande majorité de ceux-ci, c'est-à-dire dans les centres hospitaliers et les centres d'accueil, il est de 80 % ou 90 %. C'est donc dire qu'à toutes fins utiles, tous les services sont jugés essentiels. Le droit de grève existe-t-il encore? Il semble bien qu'il n'ait plus qu'un caractère symbolique.

-
44. Pour un aperçu plus détaillé et une analyse des différentes législations, voir Danielle Parent, «La détermination des services essentiels en temps de grève dans les hôpitaux», (1986-87) 17 R.D.U.S. 513. On peut aussi consulter Jean Boivin, «La Loi 72 et la grève dans les services publics», (1982) *Relations* 294. Pour un aperçu plus global des tendances dans le monde, on peut lire A. Pankert, «Le règlement des conflits du travail dans les services essentiels», (1980) 119 *Revue internationale du travail* 781.
45. Voir le Rapport du Commissaire aux services essentiels de janvier 1977 et celui du Conseil sur le maintien des services de santé et des services sociaux de juin 1980.
46. Pour une tentative de réponse à cette question, voir Michel Coutu, conseiller juridique à la Commission des droits de la personne du Québec, *La mise en compatibilité des libertés syndicales et des droits fondamentaux à la vie, à la sûreté et à l'intégrité de la personne: les services essentiels dans le secteur de la santé et des services sociaux*, communication présentée à Montréal le 25 avril 1990 dans le cadre d'un forum public organisé par la Ligue des droits et libertés, «Conflits de travail dans les services de santé et sociaux: comment concilier les droits des bénéficiaires et les droits des syndiqués?»

Il est indéniable que, dans le passé, la grève a apporté aux salariés des bénéfices certains, mais elle est devenue fort impopulaire, en partie parce qu'elle a été trop utilisée. Alors, peut-elle encore demeurer l'outil de dernier recours pour dénouer les impasses? Et à quelles conditions? Les parties, pour garder le contrôle de leurs négociations plutôt que de les confier à des tiers, peuvent-elles trouver un terrain d'entente entre le tout et rien du tout? Si on peut couper des services en période de vacances ou pour boucler un budget, peut-on les réduire temporairement en cas de conflit? De plus, comment associer le public à ces discussions et lui faire comprendre que sa santé et sa sécurité ne sont peut-être pas menacées lors d'un conflit? N'est-il pas plus facile de l'en convaincre s'il sait que les services non maintenus ne seront pas tous «coupés» au même moment et partout à la fois? Il est peut-être permis de penser que plus la négociation est centralisée et se fait en présence du gouvernement, plus la grève risque d'être utilisée parce que peu d'autres moyens peuvent réussir à le faire fléchir. Peut-on imaginer une formule de négociation où le syndicat ne maintiendrait pas des demandes artificiellement gonflées uniquement comme monnaie d'échange et où l'employeur n'attendrait pas nécessairement les moyens de pression importants pour faire certaines concessions ou accommodements? Dans un tel contexte, la grève n'interviendrait-elle pas pour dénouer uniquement les impasses véritables? Peut-être est-il plus facile et même plus intéressant de se tourner du côté de l'arbitrage obligatoire?

Plusieurs auteurs⁴⁷ rejettent l'arbitrage obligatoire parce qu'il constituerait une abdication d'une fonction essentielle de l'État. Ce dernier ne pourrait confier à un tiers, si chevronné soit-il, le soin de déterminer l'ampleur et la distribution de sommes si importantes du budget de l'État. Cette méthode porterait atteinte au processus même de la démocratie. Les auteurs soulignent également l'effet négatif produit sur le processus de négociation, comme l'a fait Weiler, et le fait que ce moyen de régler les impasses n'empêche pas le recours à la grève, même illégale, si les salariés ont le sentiment que le processus d'arbitrage ne leur rend pas justice. Malgré ces arguments, il faut bien se rendre à l'évidence que ce moyen est utilisé dans plusieurs juridictions. En effet, plusieurs états américains et

47. Mentionnons notamment: John Crispo, «Strikes and their Alternatives in Essential Services», (1974) *The Labour Gazette* 619; Raymond D. Horton, «Arbitration, Arbitrators and the Public Interest», (1974-75) 82 *Industrial and Labor Relations Review* 497; Thomas A. Kochan, *Dynamics of Dispute Resolution in the Public Sector* dans *Public Sector Bargaining*, Washington, Ed. Benjamin Aaron, Joseph R. Grodin et James L. Stern, 1979, chap. 5, p. 150; S.M.A. Hameed, «Responsive Bargaining: Freedom to Strike with Responsibility», (1974) 29 *Relations Industrielles* 210; James B. McCashin, «Industrial Disorder and The Public Interest», (1971-72) 1 *Queen's Law Journal* 311; Lucien Bouchard et Yves Martin, *op. cit.*, note 35, chap. 7, p. 101.

plusieurs provinces canadiennes recourent à cette formule pour dénouer les impasses dans les négociations dans certains services publics⁴⁸. C'est notamment le cas de l'Ontario et ce, depuis l'adoption du *Hospital Labour Disputes Arbitration Act*, en 1965⁴⁹. Malgré les recommandations d'une commission d'enquête (Commission Johnston en 1974) à l'effet que la grève soit permise à certaines conditions, le gouvernement a, semble-t-il, jugé que la grève était intolérable dans les hôpitaux et n'y a pas donné suite. Cependant, le gouvernement semble insatisfait qu'une grande part de ses dépenses soient décidées par des arbitres⁵⁰. Les pays ou provinces qui utilisent l'arbitrage y trouvent-ils plus d'avantages en termes de paix industrielle et de protection de l'intérêt public que de désavantages reliés à l'abdication temporaire d'un de leurs pouvoirs? Peut-être se disent-ils que de toute façon, devant une décision arbitrale exagérée, l'État a toujours la possibilité d'intervenir pour y faire échec? Quant aux salariés, y trouvent-ils leur compte? Peut-être estiment-ils que le processus leur donne dès le départ certaines garanties en terme d'équité, de justice et d'égalité de traitement par rapport à ceux qui ont le droit de faire la grève? L'adoption d'un tel système ne serait-elle pas considérée comme un retour en arrière, avant 1964? Ce qui apparaît clair c'est qu'un véritable choix doit être fait puisque actuellement, les salariés ont probablement le sentiment qu'il n'existe pour eux aucun moyen de résoudre les différends, la grève légale n'étant que symbolique et l'arbitrage leur étant refusé.

III - DES CHOIX À FAIRE

Même si d'une part, la négociation collective demeure le meilleur moyen de détermination des conditions de travail des salariés du secteur de la santé et des services sociaux, nous devons d'autre part constater que les règles actuelles ont engendré beaucoup d'insatisfaction. Après plus de vingt (20) ans d'expériences diverses, il est nécessaire, non pas de tenter d'inventer d'autres mécanismes, d'autres pièces à ajouter à ce qu'on appelle la «plomberie» du régime de négociation, mais bien de reprendre la discussion sur les questions fondamentales. Ces questions ont sûrement déjà fait l'objet de débats, mais ces derniers nous semblent devoir être repris à la lumière des

48. Pour un survol de ce qui existe ailleurs, voir l'enquête de Jean-Claude Cadieux et Jean Bernier, *Caractéristiques du régime de relations de travail dans le secteur public de certains pays industrialisés*, Conseil exécutif, Secrétariat du Comité des priorités, 12 décembre 1983. Pour une vue d'ensemble de la situation au Canada, voir Jacob Finkelman, «Public Sector Collective Bargaining», (1986) 41 *Relations Industrielles* 691.

49. Actuellement R.S.O. 1980, c. 205, art. 11.

50. Pour plus de détails, voir Arthur Kruger, «Collective Bargaining in Ontario Public Hospitals», (1985) 40 *Relations Industrielles* 48.

expériences passées ainsi que du contexte politique, économique et social actuel.

A- Une négociation sans la présence de l'État

Peut-on penser à une négociation de type plus traditionnel, moins politique, en dehors de la présence de l'État? Ce sont en partie des objectifs d'uniformisation des conditions de travail qui ont amené l'État à s'impliquer dans les négociations. Ces objectifs ayant été atteints, l'État doit-il demeurer au coeur des négociations? S'il s'en retire, existe-t-il un risque de retour à une grande disparité des conditions de travail? Cela semble peu probable. Cependant, pour que le débat actuel concernant l'équité salariale trouve une solution, il est peut-être nécessaire que l'État participe à la négociation. De plus, même si ce dernier confiait des ressources et des pouvoirs budgétaires réels aux futures régies régionales, dans le cadre de la refonte imminente de la *Loi sur les services de santé et services sociaux*⁵¹, il demeurerait toujours le véritable bailleur de fonds et il voudrait donc continuer de garder le contrôle de la détermination de la somme globale accordée aux salariés des secteurs public et parapublic. On voit donc qu'une négociation sans la présence de l'État implique que la masse monétaire globale soit soustraite du champ de la négociation. Est-ce réaliste?

B- Une négociation sur le seul terrain politique

Sur les enjeux majeurs, impliquant une partie du budget de l'État, peut-on penser à une négociation qui se déroulerait à un niveau supérieur, en présence des plus importants partenaires économiques et sociaux du Québec, une négociation où l'État accepterait de discuter des priorités de notre société, de la masse monétaire et des paramètres de la rémunération des salariés des secteurs public et parapublic? Cette négociation ne serait donc pas régie par les règles de droit privé du *Code du travail*, mais bien par des instruments juridiques de droit public adaptés à notre contexte politique, économique et social. Contrairement à la situation actuelle, ce processus permettrait probablement aux agents économiques et sociaux de tenter d'influencer les choix gouvernementaux avant qu'ils ne soient arrêtés. Sans tenter d'imiter servilement la Suède ou d'autres pays qui ont de longues traditions en ce domaine, le Québec de demain, avec ses nouveaux pouvoirs, ne pourrait-il pas tirer grand bénéfice d'une négociation basée sur la

51. L.R.Q., c. S-5.

concertation plutôt que sur la confrontation? Est-ce concevable dans un contexte nord-américain?

Un tel régime implique un changement complet dans la façon d'aborder la négociation et de mettre en oeuvre des moyens pour en influencer l'issue. Il nécessite peut-être également un regroupement des forces syndicales, afin de ne pas multiplier inutilement le nombre des parties. Sommes-nous prêts à prendre ce risque? L'État est-il prêt à partager en quelque sorte sa souveraineté de façon importante?

Cette phase des négociations ayant servi à déterminer les grandes questions budgétaires, le gouvernement pourrait par la suite octroyer des enveloppes budgétaires fermées à chacun des établissements. Dans un tel cadre, à condition que l'on veuille bien consentir à ne pas considérer l'uniformité des conditions de travail comme une vache sacrée et tout en admettant que la disparité du début des années soixante était inacceptable, on peut même penser à une négociation totalement décentralisée. Les conventions collectives pourraient même avoir des dates d'échéance différentes, rendant ainsi plus acceptable le droit de grève. Une telle négociation totalement décentralisée a lieu dans le secteur universitaire et semble satisfaire toutes les parties en cause. Et au fond, nos universités ne sont pas plus ou moins publiques ou privées que nos centres hospitaliers. Il va de soi qu'un tel système pourrait très bien s'accommoder par ailleurs de certaines structures de consultation, concertation ou regroupement.

C- Centralisation ou décentralisation des négociations

Nous avons vu que le régime de négociation a évolué dans un sens à peu près constant de centralisation. Une tentative de décentralisation est apparue dans la dernière loi à ce sujet. Il semble bien que les résultats n'aient pas été concluants. Quelle en est la raison? Les parties souhaitent-elles que les négociations demeurent à tout prix centralisées ou n'étaient-elles tout simplement pas prêtes à une décentralisation à ce moment? Bien qu'il existe des arguments en faveur d'une centralisation des négociations, comme par exemple l'existence d'un seul bailleur de fonds et l'uniformisation des conditions de travail, on peut aussi trouver d'excellents motifs de décentralisation, reliés aux différences importantes entre établissements et aux avantages de laisser le soin aux personnes impliquées dans les problèmes quotidiens d'y trouver des solutions. Une parfaite uniformité des conditions de travail est-elle d'ailleurs nécessaire? Si la piste précédente s'avérait impraticable, on pourrait peut-être songer à un régime de négociation à deux paliers. Le premier, mettant en présence l'État et les principaux partenaires syndicaux et patronaux, servirait à la négociation des

questions pécuniaires et des autres enjeux majeurs de la négociation. Comme ces questions ont très peu varié au cours des récentes rondes de négociations, elles pourraient facilement être prévues dans la loi, tout en laissant la possibilité d'en ajouter après accord des parties. Toutes les autres dispositions de la convention collective seraient négociées localement, tout en permettant un regroupement sur une base régionale ou par type d'établissement pour les questions d'intérêt commun. Ces négociations à deux paliers pourraient se dérouler l'une à la suite de l'autre ou même concurremment.

Dans cette décentralisation, selon l'une ou l'autre méthode, le rôle que les grands négociateurs ont joué depuis vingt (20) ans serait sûrement amoindri et les textes des conventions collectives deviendraient peut-être plus accessibles.

D- Le règlement des impasses

Comme nous l'avons déjà vu, le régime actuel ne comporte pas une véritable négociation, car il n'y a aucun moyen pour sortir cette dernière de l'impasse dans laquelle elle peut se trouver. En effet, d'une part la grève légale est devenue symbolique et ne crée donc aucune pression, et d'autre part la loi ne prévoit pas le recours à l'arbitrage obligatoire. À la limite, un tel régime peut favoriser la grève illégale car il n'offre aucun exutoire. Dans l'hypothèse d'une négociation décentralisée, on pourrait peut-être, en mettant de côté les arguments irrationnels, considérer un retour à un véritable droit de grève. Les services à maintenir ayant été convenus à l'avance, une grève pourrait déranger, engendrer un certain inconfort en retardant des interventions non urgentes, tout en assurant que la santé et la sécurité publique ne soient pas menacées. Il reste à savoir si les parties et le public en général sont prêts à convenir que les inconvénients créés par une telle grève constituent un juste prix à payer pour sauvegarder le principe de la liberté de négociation des conditions de travail des salariés du secteur de la santé et des services sociaux. Les salariés et les syndicats sont-ils prêts à reconnaître que ce moyen de pression ne peut être identique à celui exercé dans le secteur privé, même s'il porte le même nom, et qu'il ne peut servir à exercer une pression que de façon limitée? Comment pourrait-on informer adéquatement le public sur le maintien des services essentiels pour qu'une simple menace de grève ou une grève ne créant que des inconvénients et un inconfort n'engendre pas immédiatement une panique tout à fait injustifiée? Est-ce encore possible?

À ce recours à la grève, notre société préfère-t-elle l'arbitrage obligatoire, malgré ses inconvénients? Il faut faire un choix. Ce dernier est

d'autant plus difficile lorsque la négociation est centralisée, car d'une part l'utilisation de la grève, même de façon limitée, crée une très grande tension, et d'autre part l'arbitrage obligatoire a un impact considérable sur les finances publiques. La médiation peut-elle alors jouer un rôle d'une telle efficacité qu'elle supplée dans la pratique à l'utilisation d'une des deux autres voies?

E- Une médiation très spéciale...

Il est peut-être possible d'instaurer un système de médiation par lequel un tiers pourrait intervenir auprès des parties, soit pour les aider à trouver un règlement, soit pour créer sur elles une certaine pression ou encore pour ces deux objectifs à la fois. Cette médiation serait sous la responsabilité exclusive d'une Commission spéciale de médiation, indépendante et permanente, mise sur pied pour faciliter le règlement des différends dans le secteur de la santé et des services sociaux. Cette commission pourrait intervenir de son propre chef ou à la demande d'une partie. Il importe toutefois qu'elle n'ait pas nécessairement l'obligation d'intervenir à la demande d'une partie et qu'elle ait le choix des moyens d'intervention appropriés. Entre autres moyens, on pourrait penser à l'intervention d'un médiateur en cours de négociation ou à la mise en place d'une commission de médiation composée de trois membres qui pourrait à la fin de son intervention, si l'impasse persiste toujours, faire connaître ses recommandations quant à l'issue de cette négociation. Ces recommandations pourraient porter soit sur le contenu d'un règlement des questions en suspens, soit simplement sur le mode de règlement du différend portant sur ces questions (à titre d'exemples, un arbitrage sur une ou plusieurs questions précises ou à la limite, la détermination unilatérale du contenu de la convention par législation). Comme les parties ne sauraient jamais à l'avance le mode d'intervention utilisé par la commission, elles subiraient peut-être une pression qui les amènerait à trouver elles-mêmes une solution à leurs différends. Il va de soi que cette commission ne pourrait être utile et efficace que si elle était composée d'experts jouissant d'une grande crédibilité auprès des syndicats, des organismes patronaux, du gouvernement et enfin, du public.

CONCLUSION

L'historique de la négociation collective dans le secteur de la santé et des services sociaux, la problématique particulière qu'on y retrouve et l'exposé succinct des choix possibles nous démontrent amplement que le régime actuel de négociation ne peut subsister bien longtemps sans engendrer des problèmes de plus en plus sérieux. Il est d'ailleurs permis de

penser que plusieurs sont déjà apparus. Ils peuvent revêtir des formes diverses, comme par exemple des désordres politiques plus ou moins grands, des salariés et des administrateurs locaux démotivés, la pénurie dans certaines catégories de travailleuses et travailleurs. Il s'agit tout simplement de se rendre compte qu'un régime de négociation collective, niant un véritable droit de grève et n'offrant ni l'arbitrage obligatoire, ni aucun autre moyen pour résoudre les conflits, tout en tentant de vouloir créer l'illusion d'une véritable négociation, ne peut engendrer l'harmonie ni dans les relations du travail, ni dans l'exécution de ce dernier. La rénovation de ce régime est sûrement un des grands défis des prochaines années. Qu'il nous soit permis de souhaiter que ce colloque constitue une démarche productive pour le relever.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LE RÉGIME DE NÉGOCIATION COLLECTIVE DANS LE SECTEUR DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX

Auteur(s) : Monique SIMARD

Revue : RDUS, 1990-1991, volume 21, numéro 2

Pages : 567-578

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13448>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13448>

Page vide laissée intentionnellement.

LE RÉGIME DE NÉGOCIATION COLLECTIVE DANS LE SECTEUR DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX*

par Monique SIMARD**

À la fin de chaque ronde de négociation, mais davantage dans les moments «chauds» de la négociation (la dernière étant septembre 1989), toutes les parties en cause, ainsi que les observateurs avertis, déclarent haut et fort qu'il faut modifier le régime de négociation dans le secteur public et particulièrement dans le secteur de la santé et des services sociaux. Ce dernier étant, parmi les autres secteurs (éducation, fonction publique et organismes gouvernementaux), celui qui monopolise le plus l'attention du public puisque les perturbations qu'il peut éprouver à l'occasion d'une négociation insécurisent une portion importante de la population.

S'il est vrai que des réformes sont réclamées de part et d'autre, il ne s'agit pas nécessairement d'un même type de réforme puisque, et il faut se l'avouer, nous n'avons pas encore, à ce jour, trouvé un terrain d'entente ou de consensus en ce qui a trait au régime de négociation dans le secteur public.

C'est tellement vrai, qu'à l'examen des rondes antérieures et des législations qui ont été adoptées pour encadrer les négociations, que lors de la majorité des négociations il y a eu adoption de lois permanentes ou spéciales et qu'en aucun cas ces lois n'ont permis d'éviter d'une fois à l'autre les frictions plus ou moins intenses entre les parties négociantes.

Pourquoi? La question mérite d'être posée, ou reposée, parce qu'il est anormal ou, à tout le moins surprenant, qu'à l'opposé du secteur privé où près de 90% des conventions collectives se règlent sans frictions, du moins apparentes, les conventions collectives du secteur public ne le sont que très rarement.

*. Cet exposé a été prononcé dans le cadre du Colloque sur «La négociation collective dans le secteur de la santé et des services sociaux» tenu le 23 novembre 1990 à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

**.

Vice-présidente de la CSN.

Est-ce l'encadrement législatif qui fait défaut? Est-ce la «volonté» des parties? Est-ce la nature même des parties (État-employeur et organisations syndicales) en présence? Est-ce le secteur d'activité comme tel?

Probablement un peu de tout cela, et parce que, de surcroît, persiste une confusion largement répandue quant aux attributions de tous et chacun dans cette négociation au sein même de l'État. Soulignons en premier lieu à ce sujet les rapports entre le Conseil du trésor et ses ministères (Santé et Éducation). Nous pouvons également mentionner les relations qui existent entre les employeurs locaux et leurs associations ou regroupements provinciaux ainsi que celles existant entre ces derniers avec l'État central. Et enfin, les rapports du ministère du Travail avec les «parties négociantes». Par ailleurs, les rapports des syndicats locaux avec leurs structures de représentation syndicale aux fins de la négociation comportent, en soi, un coefficient de difficultés constant dans toutes les phases des différentes rondes de négociation.

Nous visons tous à vivre des négociations moins «confrontantes» tout en pouvant faire valoir nos aspirations et nos intérêts. Nous cherchons tous à établir un régime de négociation véritable dans le secteur public. Nous voulons tous le faire dans le cadre d'une reconnaissance du droit d'association et du droit à la négociation. Nous désirons tous établir des climats de travail sereins dans les différents établissements. Nous souhaitons tous rapprocher la négociation de celles et de ceux qu'elle concerne plus directement. Pour atteindre ces objectifs, quelles conditions faut-il réunir?

Il est nécessaire de rappeler que le régime que nous avons est issu de l'évolution des services publics eux-mêmes. D'ailleurs, l'historique fait par Messieurs Jean-Louis Dubé et Pierre Gingras nous le rappelle avec précision. Et, à cet égard, il ne faut pas oublier que le mouvement syndical lui-même a contribué à l'évolution des services publics notamment, en réclamant l'établissement de l'assurance-hospitalisation et de l'assurance-maladie. C'est avec l'introduction de ces grandes réformes, ainsi que celle du *Code du travail* en 1964, qu'on a pu constater le début d'un processus majeur de transformation dans le cadre des négociations du secteur de la santé. En effet, la centralisation administrative qui a découlé des grandes réformes, ajoutée à une syndicalisation accrue et à l'obtention du droit de grève suite aux modifications majeures apportées par le *Code du travail*, ont provoqué le début d'une démarche centralisatrice au plan des négociations.

De plus, les revendications sociales portées par le mouvement syndical, au nom du principe de l'universalité des services de santé, ne pouvaient qu'avoir un effet «uniformisateur» sur les services donc sur les conditions de travail et, par conséquent, sur la négociation.

La centralisation des décisions pour uniformiser les services en quantité et en qualité, a eu un effet bénéfique majeur pour la population québécoise bien au-delà de ce qu'ont pu en retirer les travailleuses et les travailleurs du réseau.

Les syndicats ont donc été partie prenante, avec d'autres, au développement des services publics et, à cet égard, ils ont contribué au mieux-être collectif puisque nous devons reconnaître, malgré tous les problèmes vécus actuellement, que nous sommes en 1990 plus instruits et en meilleure santé qu'en 1960.

L'action syndicale de la CSN dans les services publics n'est donc pas exclusivement liée à la défense stricte, de type corporatiste, des intérêts de ses membres. Elle est aussi liée à une conception des services publics où l'universalité et l'accessibilité à des services de qualité doivent être assurées.

Or la double «mission» syndicale en ce qui a trait au secteur public, d'une part la défense des conditions de travail des syndiqué(e)s et d'autre part, la défense des services publics, n'a pas toujours été bien comprise ou portée également par toutes les composantes du mouvement syndical. Elle n'en demeure pas moins un élément central quant à la compréhension qu'on peut avoir de l'action syndicale et de sa conception du régime de négociation. Toute tentative de privatisation ou de démantèlement des services publics rencontre une vive opposition du côté syndical, parce que c'est sa conception même des services publics qui est heurtée.

Depuis dix ans les négociations ont été particulièrement difficiles parce que se profilent à travers la négociation des visions qui se distancent, voire qui s'opposent, quant à la conception des services publics. Bon an mal an, malgré les difficultés et les grands conflits des années 1960 et 1970, il existait alors plus qu'aujourd'hui, plus de rapprochement, une vision davantage partagée du développement des services publics et du rôle majeur que devait jouer l'État. À cette époque, syndicats, «nouveaux gestionnaires», technocrates, politiciens travaillaient à la modernisation du Québec et, à la limite, seules les vieilles administrations dominées par

le clergé s'y opposaient. Les conflits de travail traitaient des conditions de travail et non pas, comme c'est souvent le cas aujourd'hui, de l'existence même du réseau et de ses établissements. L'action syndicale et les relations de travail se situaient dans le contexte du développement du réseau alors qu'aujourd'hui elles se situent dans son questionnement.

On peut se permettre de poser la question suivante: *L'actuel régime de négociation, adopté en 1985, qui a considérablement réduit le droit de négocier des syndiqué(e)s, n'est-il pas indirectement inspiré par cette nouvelle conception des services publics, à savoir leur réduction, leur démantèlement et leur privatisation et que, pour y arriver, il est préférable de le faire dans un contexte où les syndicats sont affaiblis et donc moins capables de s'y opposer?*

Mais qu'en est-il de l'actuel régime? Il est particulièrement limitatif pour les syndicats au plan salarial et au plan de l'exercice du droit de grève et il est particulièrement inefficace quant aux mécanismes d'intervention de tiers (médiation) pour solutionner les différends.

Le régime est mal conçu puisque même dans les dispositions qui favorisent l'État, celui-ci n'arrive pas, fort heureusement, à les appliquer. C'est le cas notamment de l'établissement des salaires qui, dans la loi, n'oblige le gouvernement qu'à négocier la première année et à les déterminer pour les deux autres. Ce qu'il n'a jamais fait ni en 1986, ni en 1990.

Quant aux limites imposées au droit de grève, elles ont débordé l'exercice même de la grève en ce sens, qu'à toutes fins pratiques, les dispositions des lois 37 et 160¹ empêchent non seulement la grève mais tout moyen de pression un tant soit peu efficace. À titre d'exemple, songeons à la décision du Conseil des services essentiels en juin 1989 dans le cas de la Fédération des infirmières et infirmiers du Québec (FIIQ).

Nous nous retrouvons donc avec un régime qui, soi-disant, s'inspire d'un modèle reconnaissant le droit à la négociation (et non l'arbitrage) avec un certain encadrement du droit de grève et permettant aux parties de régler leurs différends à l'aide d'outils comme la médiation.

1. Loi 37: *Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic*, L.Q. 1985, c. 12. Loi 160: *Loi assurant le maintien des services essentiels dans le secteur de la santé et des services sociaux*, L.Q. 1986, c. 74.

Mais il n'est pas exagéré d'affirmer que, concrètement, par ses dispositions, le régime québécois ne rencontre pas ces caractéristiques:

1. Parce qu'il n'y a pas de véritable droit à la négociation si la «négociabilité» des salaires n'est pas totalement acquise.
2. Parce que l'encadrement du droit de grève est à ce point exagéré, qu'il exclut concrètement la possibilité de faire la grève ou d'autres moyens de pression.
3. Parce que les outils, plus spécifiquement le système de médiation, sont complètement inefficaces et ce, à l'analyse même du service de médiation du secteur public et parapublic².

De plus, sans vouloir refaire toute l'histoire de la dernière négociation, il est utile de se rappeler certains événements qui démontrent qu'en plus de l'inefficacité du cadre législatif, d'autres problèmes majeurs ont marqué cette négociation.

Ronde de négociation difficile, s'il en est une, qui au départ était marquée par un sentiment d'exaspération profonde accumulée au cours des années chez les salarié(e)s, en particulier ceux des affaires sociales, et ce, principalement pour deux raisons:

1. Dans leurs milieux de travail respectifs, les charges de travail ont tendance à augmenter systématiquement en termes quantitatifs parallèlement à la croissance de la gravité des pathologies rencontrées. Les moyens et conditions de travail se détériorent sans cesse (coupures budgétaires, etc.) et ce, depuis plus de dix ans, ce qui a pour conséquence de développer un important sentiment d'impuissance et de frustration chez les personnes qui sentent qu'elles ne peuvent plus faire de façon satisfaisante leur travail au plan professionnel provoquant chez plusieurs un «burn-out».

2. Direction de la médiation dans les secteurs public et parapublic. Pierre L'Écuyer, octobre 1989.

2. Dans ces mêmes établissements il n'y a aucun mécanisme efficace de résolution des problèmes entre deux négociations, ce qui a évidemment pour effet de les accumuler et, par conséquent, de contribuer à une détérioration constante du climat de travail.

Donc, exaspération généralisée du personnel qui se compose de deux groupes: le premier, qui est ancien et qui occupe les postes réguliers, est en mesure de constater la détérioration constante des conditions pour bien effectuer son travail; le deuxième, moins ancien mais plus tout à fait jeune, éternellement précaire, ne sachant pas d'une année à l'autre s'il sera maintenu en emploi ou non, ne peut pas développer «l'attachement» à l'institution et à son travail qu'on attend de lui.

Cette exaspération a trouvé à travers la négociation un lieu d'expression où, avec l'encadrement qu'exige une démarche de négociation, les salarié(e)s ont pu traduire en revendications syndicales leurs aspirations en ce qui a trait au manque de ressources, à la précarité d'emploi, à la reconnaissance de la valeur du travail effectué (surtout celui fait par les femmes) et à une volonté d'avoir une plus grande emprise sur l'organisation du travail.

Largement partagées, bien argumentées et largement soutenues, les attentes étaient très grandes. Quel gâchis!

Pourquoi qualifier cela de gâchis? Parce que, même si à bien des égards cette négociation s'est conclue par des gains significatifs dans les conventions collectives, il n'en demeure pas moins, en raison de l'application de la loi 160, que tous les climats de travail se sont à nouveau détériorés au lieu de s'assainir. Or dans un domaine aussi sensible que celui de la santé et des services sociaux, peut-on envisager de maintenir et faire persister une telle ambiance? Comment peut-on concevoir une qualité satisfaisante de services dans un contexte aussi exigeant qu'est le fait de côtoyer continuellement la souffrance humaine, si les personnes qui ont à donner ces services se sentent profondément blessées elles-mêmes et injustement traitées par un système?

Avec l'application des sanctions de la loi 160, la dernière négociation à cet égard est un lamentable échec que nous portons tous.

Comment se fait-il que cette exaspération n'ait pas été comprise par les employeurs et le gouvernement? Nous ne le saurons jamais.

Ce que nous savons, c'est que nous avons vécu une négociation «classique» dans le sens où pour reprendre un scénario bien connu, il a fallu attendre à minuit moins une et pire encore, sortir en grève - rentrer en trêve, avant que la véritable négociation ne débute en plus d'avoir à subir les affres de la loi 160.

Ce que nous savons, c'est que nous avons attendu plus de huit mois avant d'avoir des offres salariales complètes et qu'il a fallu attendre un an avant que le gouvernement daigne reconnaître qu'il y avait un problème d'équité salariale à l'égard des femmes. Ce que nous savons, c'est que le gouvernement a joué au maximum sur les divisions syndicales pour repousser constamment les échéances et pour imposer le 4% en première année de convention. Ce que nous savons aussi, c'est qu'aux tables sectorielles de négociation il y avait peu de progrès significatif malgré les ouvertures annoncées.

S'agit-il tout simplement du jeu de la négociation qui parfois sert l'un et parfois l'autre? Nous ne le croyons pas. Nous croyons, au contraire, que ce qui a été tenté, c'est de ne pas négocier avec le plus grand nombre, non seulement pour éviter d'en donner trop, mais pour ébranler la confiance des syndiqué(e)s dans le processus même de négociation. Non pas en nous retirant le droit de négocier publiquement et avec fracas. Plus subtilement, le gouvernement a tenté de faire percevoir la négociation comme inefficace et somme toute inutile, en discréditant les avancées obtenues après des actions de pression. En un mot, susciter le sentiment que tout aurait été obtenu de toute façon pour tout le monde.

Le gouvernement a-t-il fait quelque chose pour éviter les grèves? N'est-il pas possible qu'il ait sciemment planifié leur provocation? Et si c'était le cas, les syndiqué(e)s ne sont-ils pas tombés dans le piège? Peut-être.

Ceci dit, la grève dans les affaires sociales, celle de la FIIQ, puis celles de la Fédération des affaires sociales (FAS) et de la Fédération des professionnels et professionnelles salariés et cadres du Québec (FPPSCQ) (CSN) ont été, comme on pouvait s'y attendre, la cible de toutes les dénonciations les plus outrées les unes que les autres, alors que les syndicats ont appliqué de façon assez exemplaire les règles d'un code d'éthique syndical en matière de services essentiels. D'ailleurs, avec du recul, peu d'établissements avouent avoir réellement eu des problèmes. Mais l'état de panique créé, largement alimenté par les médias qui ont utilisé quelques images chocs, pourtant tirées du quotidien des établisse-

ments, a, une fois de plus, eu raison des positions syndicales dans ce domaine et justifié l'application de la loi 160. Une mauvaise loi dont les dispositions n'ont pas empêché le déclenchement de la grève et qui empoisonne tous les milieux de travail sans exception.

Il est toujours surprenant de voir à quel point il y a un jugement de «deux poids - deux mesures» dans ce domaine. En effet, lorsque les employé(e)s «ordinaires» menacent de débrayer, ils sont d'avance dénoncés et même parfois empêchés par l'adoption de lois spéciales (Loi 160, novembre 1986) alors que d'autres groupes le font sans que cela ne fasse même les manchettes des journaux. Il y a trois semaines, les médecins anesthésistes ont tenu une journée d'étude. En a-t-on parlé? Oui. Ont-ils été réprimandés? Même pas. Il est intéressant de noter que le degré d'indignation que soulève une grève ou un débrayage dans le réseau de la santé et des services sociaux est inversement proportionnel à la place qu'occupe le groupe dans la hiérarchie du réseau. Ainsi, on s'indigne plus lorsque les services auxiliaires (cuisine, entretien ménager, etc.) débraient que lorsque les médecins le font. Il y a là matière à réflexion.

Néanmoins, et ceci peut sembler déroutant, le résultat de la négociation en ce qui a trait à la convention collective est plutôt positif. Au chapitre de l'équité salariale, qui constituait un enjeu majeur, il y a eu une percée significative. En ce qui concerne les salaires, nous avons réussi à renverser la tendance à la détérioration du pouvoir d'achat en protégeant celui-ci en bonne partie et ce malgré les dispositions de la loi qui n'oblige pas le gouvernement à négocier les salaires. En ce qui concerne le réseau des affaires sociales, il y a eu des gains intéressants notamment par le programme de reconversion des heures qui aura pour effet de régulariser le statut d'emploi de 4 000 salarié(e)s du réseau.

Mais il est clair qu'il faut revoir le régime pour éviter de revivre une négociation comme celle que nous venons de traverser.

Des changements s'imposent à plus d'un chapitre:

1. Au niveau des salaires, il ne peut y avoir substitution au droit plein et entier de négocier. L'Institut de recherche et d'information sur la rémunération (IRIR), comme institut, peut demeurer mais sans que ses travaux a priori conditionnent la détermination des salaires. D'ailleurs, il est intéressant de noter que le gouvernement se sert des

données de l'Institut de recherche et d'information sur la rémunération (IRIR) quand elles «font son affaire». Sinon, il les ignore.

2. Au chapitre de la médiation, il est nécessaire de revoir entièrement les dispositions actuelles, notamment en décrochant l'obtention du droit de grève du processus de conciliation ou de médiation. C'est d'ailleurs cette condition qui rend, à toutes fins pratiques, inefficace, parce que prématurée, l'intervention du médiateur.

L'obligation de recourir à la médiation est une chose acceptable dans le secteur public, à la condition que toute l'opération ne doit pas être terminée avant d'obtenir le droit de grève.

D'autre part, on pourrait introduire le concept de Conseil de médiation composé de trois personnes: un assesseur syndical, un assesseur patronal et une troisième personne non liée aux parties pour agir en cas de différends majeurs et qui pourrait faire, si besoin est, un rapport public.

3. Au chapitre du droit de grève, nous retenons le modèle de l'encadrement à l'exercice du droit de grève. Il faut cependant que ces règles d'encadrement, pour avoir un minimum de crédibilité, soient raisonnables en ce sens qu'elles puissent permettre, si cela doit se produire, l'exercice de la grève tout en s'assurant que les services essentiels sont assurés.

À cet égard, il est malheureux qu'en 1989 on ait décrié publiquement la situation comme s'il n'y avait eu aucun service essentiel alors qu'il y en avait beaucoup. Certains pourraient éventuellement se dire *pourquoi en donner si on est autant décrié dans un cas comme dans l'autre?*

Le meilleur moyen reste l'établissement conjoint d'une liste de services essentiels à partir d'un code d'éthique connu et auquel le syndicat s'engage ou, à la limite, si le gouvernement tient à légiférer en matière de services essentiels sur les principaux éléments les établissant, il pourrait intégrer le code d'éthique dans la loi. Mais

rappelons que le droit de grève est un droit indissociable du droit de négocier et qu'à défaut de l'avoir, on ne peut parler d'authentique droit à la négociation puisque la partie syndicale ne peut exercer ultimement son rapport de force le plus extrême, soit celui de déclencher la grève. Tout doit être tenté pour l'éviter.

D'ailleurs, règle générale, l'obtention d'un mandat de grève sonne l'alarme et provoque des deux côtés de la table de négociation un effort ultime de négociation pour effectivement tenter de trouver un terrain d'entente. À défaut d'avoir ce droit, il faut avoir une substitution, un autre mécanisme pour permettre d'établir ou de conclure un contrat de travail de manière équitable.

Dans certaines provinces, c'est l'arbitrage obligatoire. Le gouvernement est-il prêt à se soumettre à un arbitrage? Je ne veux pas dire que je suis d'accord avec cette formule, mais il serait intéressant de l'entendre sur la question. Car pour le moment, il se contente plutôt de jouer sur les deux tableaux, à savoir maintenir l'illusion qu'il joue le franc jeu de la négociation, donc d'éviter des recours comme celui de l'arbitrage ou de l'authentique médiation, tout en contrôlant et changeant les règles du jeu à son gré même en cours de négociation³.

4. Un des éléments de changement à apporter au régime de négociation, évoqué de plus en plus, est celui de la décentralisation des négociations, certains voyant dans leur centralisation l'une des principales causes des problèmes rencontrés. Certes, il est vrai que les négociations du secteur public sont très centralisées, mais il y a une explication historique à cela. Toutefois, il est à souligner qu'elles sont plus centralisées dans le secteur des affaires sociales que dans l'éducation et que cela tient aux choix qu'a fait l'État au fil des ans. Le réseau des affaires sociales est un réseau très centralisé et ce, dès les années 1960, et il s'est naturellement développé une structure de négociation correspondant à la structure de décision.

3. Exemple, l'adoption de la loi 160 en novembre 1986.

Cette hypercentralisation a profité au Québec et en particulier aux régions qui ont pu faire du rattrapage et se doter de services de santé de qualité, ce qui était loin d'être le cas auparavant. Mais à partir de cette nécessité de centraliser se sont développés des institutions et appareils unifiés de coordination et de décision qui ont peut-être étouffé petit à petit l'initiative locale, la «couleur» locale, l'adaptation évidente qui doit être faite dans chacun des milieux de travail. Il s'ensuit que la perception, autant chez les syndiqué(e)s que chez les cadres, est qu'ils ne peuvent rien faire à leur niveau, que tout ce qui est majeur à leur établissement leur échappe. Cependant, en plus de l'existence d'un tel phénomène, le régime de négociation dans sa dernière version a accentué les pouvoirs centralisateurs du Conseil du trésor qui, pour plusieurs, n'est plus que le seul maître à bord.

Le Conseil du trésor a désormais un contrôle sur l'ensemble des mandats de négociation, soit les aspects monétaire et normatif, et peut donc bloquer la négociation à toutes les tables.

La question de la décentralisation des négociations vers un autre palier dans le réseau des affaires sociales - il est fortement question de créer des régies régionales - ne peut se discuter que si le pouvoir réel est décentralisé, sinon il n'y aurait qu'un simulacre de décentralisation qui, dans les faits, n'aurait pour conséquence que d'éparpiller les énergies syndicales et un volume substantiel de ressources patronales face à un Conseil du trésor omnipuissant. Car ce dernier, en plus de contrôler les crédits budgétaires, s'introduit désormais dans les champs de l'organisation du travail et de la gestion des ressources humaines.

À quoi bon négocier avec les dirigeants d'institutions qui n'auraient aucune marge de manoeuvre réelle et qui, de surcroît, se feraient dicter le «quoi faire» par Québec?

La décentralisation ou la déconcentration peut avoir un sens et régler une partie des problèmes rencontrés si on redonne son véritable sens à la négociation. Sans quoi, elle pourrait devenir une source additionnelle de conflits «locaux», stériles et sans issue.

Il est vrai que la réalité de l'organisation du travail peut varier selon la vocation, la taille d'un établissement ou la région où on se trouve.

Encore faudrait-il bien mesurer le degré et la nature de ces variations pour ensuite convenir des modalités dont le régime de négociation devrait tenir compte.

Ainsi, la décentralisation de certaines matières de négociation, particulièrement celles liées à l'organisation du travail, pourrait s'inscrire progressivement dans les pratiques en autant que cette décentralisation soit convenue et qu'elle s'accompagne d'une décentralisation correspondante du pouvoir réel de décision. Nous devons plutôt viser un régime qui irait dans le sens d'une plus grande «responsabilisation» des parties locales.

En conclusion, il nous apparaît absolument urgent et nécessaire de discuter, en vue de procéder à une réforme du régime. Sans quoi, il est à prévoir que les prochaines négociations se dérouleront dans un climat aussi tendu et aussi malsain que celui des rondes antérieures. Il n'y a jamais eu d'authentiques et réels efforts pour tenter de convenir d'un régime de négociation. De faire cette fois-ci l'exercice, au moment même où s'annonce une réforme en profondeur du réseau, n'est-ce pas l'occasion inespérée?

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA NÉGOCIATION COLLECTIVE DANS LE SECTEUR PUBLIC

Auteur(s) : Jean-Claude LECLERC

Revue : RDUS, 1990-1991, volume 21, numéro 2

Pages : 583-587

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13447>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13447>

Page vide laissée intentionnellement.

LA NÉGOCIATION COLLECTIVE DANS LE SECTEUR PUBLIC*

par Jean-Claude LECLERC**

Ce qui frappe dans les négociations du secteur public au Québec depuis vingt-cinq ans, c'est que d'une ronde à l'autre la lutte a repris comme si rien d'essentiel n'avait été réglé. On ne s'entendait ni sur les salaires, ni sur les tâches, ni sur les services essentiels, ni sur les structures de la négociation. Pourtant, en toute justice pour les protagonistes de ces diverses rondes, une observation préliminaire s'impose. On ne doit pas juger les négociations provinciales aux seules péripéties qui les ont marquées. Ces grands exercices ont aussi donné des résultats positifs. Qui voudrait revenir au régime des années cinquante? Du reste, on ne saura jamais ce qu'aurait donné le maintien de l'ancien régime ni non plus toute autre façon d'établir les conditions de travail des syndiqués de l'État québécois.

De toute manière, dès lors que le gouvernement du Canada s'engageait dans de grands programmes de santé et de sécurité sociale, une part importante de centralisation et d'uniformisation était fort probablement inévitable. Cela n'explique pas, cependant, que des négociations centralisées aient donné lieu à tellement de soubresauts et laissé partout une telle insatisfaction.

Une bonne part de l'échec du système est venue de la «concurrence» des autres secteurs socio-économiques dans l'accès aux fonds publics et à leurs avantages. Les syndiqués de la santé et de l'éducation n'ont pas été les seuls, en effet, à «vivre de l'État». Constructeurs d'infrastructures, vendeurs d'équipements, médecins, autres distributeurs de pilules n'ont pas manqué de prélever leur part. À quoi pouvait-il bien servir d'avoir des mécanismes pour contrôler les uns, si on n'en avait guère pour surveiller les autres? Pareil problème se posera encore, qu'on décentralise ou non la négociation du secteur public et qu'on y introduise ou non des formes de médiation ou d'arbitrage.

Pourtant, même si toutes les rondes du secteur public s'étaient déroulées sans grand dérapage, il y aurait lieu de s'interroger sur l'héritage qu'elles ont laissé.

*. Cet exposé a été prononcé dans le cadre du Colloque sur «La négociation collective dans le secteur de la santé et des services sociaux» tenu le 23 novembre 1990 à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

**.
Journaliste.

Ce qui étonne quand on fait un bilan de ces deux décennies, c'est d'abord que le mouvement syndical se soit fait le promoteur et l'artisan d'un pouvoir d'État centralisé. Le gouvernement du Québec a accru son emprise aux dépens des institutions locales et régionales. L'idéologie de l'époque voulait qu'on «bâtisse l'État du Québec». On l'aura fait, assurément, mais aux dépens de l'initiative locale; au détriment aussi des plus faibles ou des moins nombreux. On a pris pour acquis que l'État était la principale force du progrès social, avec le résultat que la bureaucratie n'a jamais été aussi lourde, et le service public perçu comme aussi déficient.

Au lieu d'implanter un modèle syndical de travail, les syndicats ont aidé l'État à imposer un modèle bureaucratique d'organisation du travail. À cet égard, les conventions collectives sont en fait des décrets déguisés, et les décrets, des lois qui réduisent à peu de chose le «partenariat» auquel on a feint de se prêter. Les syndicats ont ainsi cautionné le développement d'un formidable appareil d'État aux dépens des marges de manoeuvre des simples citoyens et des syndiqués eux-mêmes. Ce n'est pas le fruit du hasard si les gens ne se sont pas portés plus nombreux aux élections tenues dans les établissements de santé et d'éducation. On peut affirmer que les négociations du secteur public ont réduit la marge de liberté, d'influence et d'initiative des simples syndiqués dans leur syndicat comme dans leur milieu de travail. On aura même sapé ailleurs le processus de négociation lui-même en créant partout la conviction qu'on peut désormais, en «allant à Québec», obtenir davantage qu'en discutant avec ses vis-à-vis (patronaux ou syndicaux).

On s'est de plus illusionné sur la force d'entraînement du secteur public. On a confondu minimum décent et uniformisation des traitements. À salaire égal combien de professeurs sont-ils prêts à enseigner dans les endroits défavorisés? L'infirmière de Sept-Iles ne sera jamais égale à celle de Montréal en matière de choix culturels : combien lui en coûtera-t-il pour aller à la Place des Arts? À l'inverse, l'infirmier de Sherbrooke n'est pas l'égal de son collègue de Rouyn-Noranda quand vient la saison de la chasse! Au reste, l'élimination des disparités de traitement suivant les régions et les établissements n'a pas fait disparaître les disparités régionales tout court. On est même en train de découvrir que les réseaux publics ont aussi contribué à la création de ces «deux Québec» dont on parle maintenant. Enfin, on n'a surtout pas réussi à mieux redistribuer à la base les ressources humaines, même dans le cas des services les plus essentiels.

Il y a aussi lieu de s'interroger sur la politisation malsaine d'une négociation aussi centralisée. Ce n'est pas sans péril qu'un front commun syndical recherche un «rapport de forces» en s'appuyant, par exemple, sur une élection prévisible ou sur quelque campagne référendaire. En 1976, on

avait ainsi fourni une plate-forme anti-syndicale au gouvernement Bourassa. Lors de la consultation populaire de mai 1980, le danger était grand de se faire acheter avant le vote, quitte à se faire dévaliser après! Il n'est peut-être pas superflu non plus de s'inquiéter du danger d'une manipulation extérieure de la négociation, d'autant plus tentante et redoutable que certains services plus ou moins secrets ont l'habitude de recruter et de s'infiltrer au sommet, des deux côtés de la table.

Mais c'est la question de la grève qui aura le plus retenu l'attention. Il faut souligner que les syndicats n'y ont généralement eu recours qu'avec hésitation et parcimonie, conscients de son impact négatif dans l'opinion publique. Il serait bien peu réaliste de croire que l'État serait plus spontanément porté à donner de bonnes conditions de travail à ses syndiqués que la plupart des employeurs privés à leurs employés. Sans rapport de forces, on risque de rester sur le carreau. Mais à quoi bon une grève si elle aide l'État à justifier l'imposition de mesures répressives et à décréter unilatéralement des conditions d'emploi? Une grève peut être autodestructrice : les enseignants ne se sont jamais remis de leur échec de 1972.

La grève n'aurait pas un aussi grand impact dans le cadre d'une négociation très décentralisée, mais elle n'aurait pas nécessairement plus d'effet positif non plus. Moins spectaculaire qu'un débrayage général, un conflit local peut durer longtemps avant qu'on veuille y intervenir.

De plus, la grève est devenue un argument en faveur de la privatisation de services publics. Si un service peut être arrêté, en effet, c'est qu'il n'est pas essentiel : dès lors pourquoi l'État devrait-il l'assumer? Et si un service est vraiment essentiel, alors pourquoi les syndiqués iraient-ils jusqu'à en priver la population? Il est vrai que ces services ont été dans l'ensemble maintenus par les syndicats. Mais justement, ils réduisaient alors la force de la grève et son efficacité, au risque de prolonger le conflit. Les techniques de grève partielle, intermittente, tournante, ne sont guère plus efficaces. La grève des infirmières aura été une exception à la règle, non un modèle à emprunter pour l'avenir.

En dernière analyse, la grève n'est pas efficace dans le secteur public parce qu'elle ne pénalise pas les parties négociatrices. Ni l'appareil d'État au sommet, ni les administrateurs, ni les technocrates syndicaux, ni leurs conseillers ne voient leur avenir mis en jeu dans un affrontement de ce genre.

On aura compris que je partage le diagnostic de ceux qui en sont venus à être très réticents à l'égard de la centralisation des négociations, de

l'uniformisation des conditions de travail, et du recours à la grève dans le secteur public. D'une ronde de négociation à l'autre, on s'est préoccupé de trouver le meilleur régime de relations de travail. Le temps n'est-il pas venu de se demander quel régime de travail et de responsabilité professionnelle est souhaitable dans les divers milieux de travail et aussi quelle liberté va-t-on laisser aux simples citoyens dans l'aménagement de leurs institutions locales?

Il n'est pas normal dans une démocratie que les travailleurs ne se sentent pas les premiers responsables de l'organisation professionnelle de leur travail. Il est anormal que le pouvoir du simple citoyen sur les établissements et leurs priorités soit évacué au profit des échanges de coups ou des échanges de bons procédés entre administrations publiques et appareils syndicaux.

Mais avant de proposer un autre régime, il faut tenter de prévoir dans quelle situation socio-économique il s'appliquera. Une loi adoptée pour une négociation «ordinaire» risque d'être un carcan et de mener à une impasse en cas de situation de crise. Il faut donc nous demander dans quel état social et économique nous nous retrouverons lors des prochaines négociations dans le secteur public. Or, point n'est besoin d'être très pessimiste pour prévoir que nous entrons dans une période où il sera difficile de négocier comme dans les meilleures années.

Récession prolongée, baisse des revenus de l'État, coupures de services publics, révoltes sociales, chocs multiculturels, impasse constitutionnelle, quelle que soit la barque de l'État qu'on puisse imaginer aujourd'hui, la mer sera tout probablement houleuse dans un proche avenir. Devant un risque non négligeable de naufrage collectif, on ne pourra naviguer comme s'il n'y avait pas de situation d'urgence. Aussi serais-je tenté de reprendre le mode de navigation que nul n'a eu la sagesse de retenir lors de la récession de 1981.

Ainsi, est-il permis de penser qu'une pré-négociation au sommet sur les acquis essentiels à préserver et sur les questions stratégiques à résoudre dans l'ensemble de notre collectivité serait éminemment souhaitable. À moins de vouloir «flirter» avec le gouffre, le gouvernement et le mouvement syndical ne pourront pas s'engager alors dans une épreuve de force de grande envergure. Par contre, une négociation conjointe de la crise économique et sociale exige plus qu'un «deal» facile entre gens du secteur public sur le dos du secteur privé et du reste de la société.

Le défi ne sera pas aisé. L'appétit des mieux nantis ne va pas cesser avec la crise. Ni le besoin de redresser certaines iniquités. Mais on ne

pourra plus comme avant satisfaire les uns et les autres. Pareille conjoncture commande une large vision des choses qui n'est pas commune. Pourra-t-on réunir en matière socio-économique une sorte de commission parlementaire élargie sur les services publics que le Québec peut se payer? Pourra-t-on s'entendre à la fois sur des priorités de négociations et sur la structure des tables de discussion?

Dans un deuxième temps, le gouvernement pourrait fixer des enveloppes régionales ou sectorielles et laisser se dérouler, à ce niveau, des négociations dont l'objectif serait de résoudre la contradiction entre les exigences des syndiqués et les besoins des services à la population. Si on se dirige vers un Québec régionalisé, la négociation devra emprunter le même chemin.

Dans un troisième temps, les parties devraient avoir la faculté de recourir à la médiation, à la grève ou à l'arbitrage selon les questions encore en litige. L'arbitrage ferait moins peur s'il n'avait plus une portée provinciale. (Le droit de l'État de ne pas s'y soumettre n'est plus aussi universel ou absolu qu'on l'a cru au Québec.) L'État a appris à se soumettre aux tribunaux et à reconnaître ses torts. Il a déjà imposé l'arbitrage aux policiers. La reine qui ne «négociait pas avec ses sujets» a appris à le faire. L'arbitrage devrait cesser d'être un tabou.

Mais quel que soit le régime qui prévaudra, il reste essentiel de maintenir les accréditations locales. C'est un droit qu'on ne saurait troquer pour une illusoire affiliation nationale (comme dans les métiers de la construction). C'est une condition de vitalité syndicale. Ces unités seront aussi essentielles pour de futures négociations régionales et surtout pour la démocratisation de nos institutions locales.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'AFFAIRE « BÉLANGER c. CITÉ DE LA SANTÉ DE LAVAL » : DE LA QUALIFICATION DU LITIGE ET DE L'APPLICATION DES CHARTES

Auteur(s) : Louise LUSSIER

Revue : RDUS, 1990-1991, volume 21, numéro 2

Pages : 589-602

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13449>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13449>

Page vide laissée intentionnellement.

L'AFFAIRE *BÉLANGER*
c. *CITÉ DE LA SANTÉ DE LAVAL*:
DE LA QUALIFICATION DU LITIGE
ET DE L'APPLICATION DES CHARTES

par Louise LUSSIER^{*}

^{*}. Avocate et professeure, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	591
1 - La nature du litige	591
2 - La question de la qualification	596
3 - L'application des Chartes	599
CONCLUSION	605

INTRODUCTION

Dans l'affaire *Bélanger c. Cité de la Santé de Laval*¹, l'honorable Juge Jean Marquis de la Cour supérieure était saisi d'une demande en injonction pour empêcher le transfert d'une bénéficiaire d'un centre hospitalier vers un autre. À cette occasion, pour écarter un argument basé sur la *Charte canadienne des droits et libertés*², le juge a qualifié le litige de litige privé. En toute déférence, nous ne pouvons partager ce point de vue. Il convient de connaître la nature du litige en l'espèce, avant d'examiner sa qualification et de discuter de l'application de la Charte canadienne en plus de celle de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec³.

1 - La nature du litige

La défenderesse, le centre hospitalier Cité de la Santé de Laval, a décidé du transfert vers un autre établissement de l'une de ses bénéficiaires, Francine Bélanger, hébergée depuis deux ans dans son département de psychiatrie. Cette décision est basée sur la nature des soins maintenant requis par l'état de santé de Francine Bélanger c'est-à-dire, de l'avis du médecin traitant, des soins de longue durée ou prolongés. Le transfert est donc déterminé par l'incapacité du centre hospitalier de la Cité de la Santé de Laval de fournir ces soins en raison de sa vocation d'établissement de soins de courte durée. Le choix du centre hospitalier des Laurentides est retenu étant donné non seulement la disponibilité des soins de longue durée, mais aussi sa capacité à accueillir la patiente. Le problème posé par ce transfert résulte de la localisation du centre à L'Annonciation, ce qui représente une distance considérable du milieu de vie de la famille, particulièrement de la mère et de la soeur, demanderesses en l'instance. S'opposant au transfert, ces dernières ont demandé une injonction permanente contre le centre hospitalier Cité de la Santé de Laval pour l'empêcher d'y procéder. Leurs arguments sont les suivants : le choix imposé de l'établissement, les inconvénients résultant du transfert hâtif pour la malade, son droit à la sécurité psychologique protégé par la Charte canadienne. Ces arguments sont rejetés l'un après l'autre par le juge Marquis qui refuse d'accorder l'injonction.

Avant d'en examiner les motifs, rappelons d'abord le cadre légal et réglementaire dans lequel s'exerce une décision de transfert d'un bénéficiaire

1. (1990) R.J.Q. 1914 (C.S.).
2. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.U.), c. 11 (ci-après la Charte canadienne).
3. L.R.Q., c. C-12.

hébergé dans un centre hospitalier. Au préalable, ce bénéficiaire est admis ou hospitalisé à la suite d'une décision qui doit être conforme, non seulement à la vocation de l'établissement, mais également aux besoins du patient⁴. Dès sa prise en charge, l'établissement doit s'assurer de lui fournir avec continuité les services que son état requiert dans le respect de ses droits. Pour ne mentionner que les principaux en vertu de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, ils concernent le droit aux services et le droit au libre choix⁵. Sur le plan de l'application des traitements, d'autres droits s'ajoutent sur la base du *Code civil*, soit les droits de consentir et d'être informé à cette fin⁶. Mais il est clair que l'évaluation des soins doit tenir compte de l'intérêt du bénéficiaire à être traité⁷, et dans certaines circonstances, à être hébergé aussi longtemps que son traitement le nécessite. En contrepartie, l'établissement se voit imposer des obligations corrélatives à chacun des droits reconnus au bénéficiaire. Un établissement ne peut ainsi cesser d'héberger un bénéficiaire, ou lui donner congé sur avis du médecin traitant, à moins que l'une des deux conditions suivantes soit remplie : 1^o l'état du bénéficiaire permet son retour à domicile, ou 2^o une place dans un autre établissement lui est assurée⁸. Dans ce cas, il s'agit d'un transfert qui doit suivre les formalités réglementaires⁹.

La question demeure de savoir la place alors réservée au bénéficiaire et à son représentant, le cas échéant, dans le processus de décision de la cessation d'hébergement et du transfert. On peut arguer que les droits du bénéficiaire qui sont expressément reconnus dans la L.S.S.S.S. lui garantis-

-
4. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-5, articles 137 et 140 (ci-après L.S.S.S.S.), et *Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements*, Décret 1320-84, (1984) 116 G.O. II 2745, tel que modifié, articles 22 et 26. Sur le processus d'admission, voir L. LUSSIER, «Le processus d'attribution des ressources par les établissements aux bénéficiaires : impact sur le droit aux services et la responsabilité publique», (1989-90) 20 R.D.U.S. 285.
 5. L.S.S.S.S., précitée, note 4, articles 4 et 5. Pour une analyse globale, se référer à A. LAJOIE, P. A. MOLINARI et J.-M. AUBY, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, P.U.M., 1981, pp. 81-116.
 6. *Code civil*, article 19. La jurisprudence et la doctrine sont particulièrement abondantes au plan de l'analyse de ces droits dont les fondements légaux se trouvent également dans d'autres lois comme l'a démontré F. TÔTH dans *Chronique en droit de la santé* : «Le droit du patient d'être informé : un droit protégé par la Charte des droits et libertés de la personne», (1989-90) 20 R.D.U.S. 161.
 7. Le choix des traitements ne peut être laissé à la seule appréciation du patient ou de son représentant : *C... c. Hôpital Q...*, (1983) C.S. 1064.
 8. Voir particulièrement le 3^e paragraphe de l'article 4 de la L.S.S.S.S., précitée, note 4.
 9. *Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements*, précitée, note 4, articles 32 et 33.

sent au moins le droit d'y participer¹⁰. Mais peut-on aller plus loin en avançant qu'ils lui permettent de s'objecter? L'on sait que dans l'affaire *Favre*, cette position a été écartée¹¹.

On peut certes convenir des limites explicites apportées aux droits de recevoir des services et au libre choix¹², mais encore faudrait-il que ces limites puissent être appréciées et évaluées dans le respect de ces droits. Il nous paraît symptomatique que dans les affaires portées à la connaissance des tribunaux, le procédé suivi n'ait pas toujours été en apparente concordance avec ce principe. L'expression des droits des bénéficiaires n'a pas semblé être favorisée de façon libérale même si les processus et les motifs des décisions des établissements les affectant n'étaient pas scrutés d'une manière aussi rigide, nous semble-t-il. Sans doute, s'agit-il là d'un jugement de valeur sévère; mais il n'empêche que d'un strict point de vue de la légalité, l'examen de ces décisions, comme dans l'affaire *Bélanger*, mérite quelques commentaires.

On se rend compte en effet que dans cette affaire, le traitement accordé aux droits de la bénéficiaire est pour le moins rapide et lapidaire. Les droits reconnus par la L.S.S.S.S., s'ils étaient sanctionnés en l'espèce, feraient en sorte qu'«en pratique, le refus de la demanderesse ou de Francine (la bénéficiaire) d'accepter le transfert de celle-ci place la défenderesse (Cité de la Santé de Laval) dans une position *intenable*»¹³. On comprend que cette situation est inacceptable; dès lors la balance des inconvénients penche en faveur du centre hospitalier. Le juge, bien sûr, ne le dit pas mais comme il suggère une analogie avec le cas d'un malade vivant en région éloignée, analogie pour le moins douteuse en l'espèce, on est bien obligé d'admettre que si la distance crée problème, elle doit être supportée par le malade. Là s'arrête son droit au libre choix; cet argument est donc écarté¹⁴.

Quant aux droits invoqués sur la base des Chartes, ils sont mis de côté de manière encore plus sommaire. Les demandereses ont, d'une part, plaidé que le transfert limitait les droits de la bénéficiaire à la protection et à la sécurité énoncés à l'article 48 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Nous n'entendons pas débattre du problème de la mise

10. Cette position peut être discutée; nous retenons cependant du Projet de loi 120, *infra*, note 41, présenté en décembre 1990, que ce droit à la participation serait dorénavant explicitement reconnu à l'article 10.

11. *Favre c. Hôpital Notre-Dame*, (1984) C.A. 548, infirmant (1984) C.S. 182.

12. Voir notre analyse, *loc. cit.*, note 4, 295 et 297.

13. *Bélanger c. Cité de la Santé de Laval*, précité, note 1, 1918. (Nos insérés et italiques.)

14. *Ibid.* Notons qu'en l'espèce, les demandereses ne s'opposaient pas au transfert en tant que tel mais au choix de l'établissement.

en oeuvre de tels droits à caractère économique¹⁵ puisque, de toute façon, le juge en dispose en les écartant¹⁶. Il nous paraît plus intéressant d'examiner, d'autre part, l'argument que les demanderesse ont invoqué en vertu cette fois de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Bien que le dispositif du jugement ne le mentionne pas, nous savons d'après la requête présentée qu'il s'agissait plus particulièrement du droit à la sécurité prévu à l'article 7 de la *Charte canadienne*¹⁷. Pour les demanderesse, le droit à la sécurité psychologique dont bénéficie la bénéficiaire exige qu'elle soit hébergée le plus proche possible de son milieu. Nous croyons que, sans préjuger de sa recevabilité, cet argument était pertinent à l'analyse de la situation de la bénéficiaire. Cependant, comme il n'est pas discuté dans cette affaire, nos commentaires ne porteront pas sur sa portée éventuelle, mais plutôt sur le motif invoqué par le juge pour écarter en entier la *Charte canadienne*. Sur ce point, il s'exprime ainsi:

«Comme il s'agit ici d'un litige privé, la *Charte canadienne des droits et libertés* ne trouve pas application, comme l'a décidé la Cour suprême dans l'arrêt *Tremblay c. Daigle*»¹⁸.

C'est le seul passage consacré à cette question sans autre explication et nous ne pouvons pas y souscrire. Il signifie que la nature privée du litige emporte l'exclusion de la *Charte canadienne*, et partant, de la protection des droits qu'elle consacre en faveur des bénéficiaires des établissements. Le fait de qualifier, même en *obiter*, un litige entre un centre hospitalier et une de ses bénéficiaires comme étant un litige privé nous paraît être discutable suivant l'analyse du droit de la santé actuel au Québec. Mais, au surplus, étant donné les conséquences qui s'y rattachent quant à l'application des Chartes, nous croyons nécessaire d'en refaire l'examen pour démontrer que les litiges impliquant des établissements de

15. Les droits à la protection et à la sécurité sont inclus dans un chapitre de la *Charte québécoise*, précitée, note 3, intitulé «Droits économiques et sociaux», (articles 39 à 48) faisant le parallèle sur ce plan avec le *Pacte universel des droits économiques, sociaux et culturels*. Ils échappent à l'application de l'articles 9.1 et 52 de la *Charte québécoise* appelant ainsi une analyse plus limitée de leur mise en oeuvre.

16. *Bélanger c. Cité de la Santé de Laval*, précité, note 1, 1918. Selon le juge, l'éloignement, en raison du transfert, n'équivaut pas à priver la bénéficiaire de la protection et de la sécurité de sa famille. Il n'est pas certain toutefois que cette interprétation soit la plus adéquate dans les circonstances en fonction des intérêts de la personne.

17. Tel qu'énoncé au paragraphe 47 de la requête dont nous remercions M^e Jean Barrière, procureur des demanderesse, de nous avoir transmis copie.

18. *Bélanger c. Cité de la Santé de Laval*, précité, note 1, 1918. Voir *Tremblay c. Daigle*, (1989) 2 R.C.S. 530.

santé et de services sociaux n'échappent pas aux Chartes, et en particulier à la Charte canadienne.

2 - La question de la qualification

La qualification qui doit être apportée à la situation des parties dans un litige comme celui de l'affaire *Bélanger* découle, à notre avis, du statut de chacune d'elles et du régime juridique de la relation établie entre un centre hospitalier et un bénéficiaire lors de son hébergement. Dans ce contexte, le statut de la bénéficiaire est sans conteste celui d'une personne physique ou privée, ne possédant pas d'attribut officiel ou légal, sauf celui qui lui est conféré lorsqu'elle devient bénéficiaire de services de santé au sens de la L.S.S.S.S.¹⁹. Quant au centre hospitalier, son statut paraît d'abord celui d'une corporation qui exploite un établissement public au sens de la L.S.S.S.S.²⁰. Le problème se situe toutefois au niveau de la qualification que l'on peut faire de cette corporation qui n'est pas commerciale. La L.S.S.S.S. renvoie au *Code civil*: on peut donc s'y référer pour qualifier la nature publique ou privée d'une semblable corporation²¹. Étant donné l'abondante législation de droit public à laquelle se trouve soumise la corporation d'établissement, en plus de l'absence de recherche de profit qui la caractérise, cela suffit quant à nous pour la qualifier de corporation publique et non privée²².

Sur ce point, l'analyse des mêmes critères en droit administratif permet de reconnaître le statut public aux corporations d'établissements

19. Précitée, note 4. Il convient en effet de constater que l'attribution du statut de bénéficiaire est accompagnée de la reconnaissance de certains droits dans la L.S.S.S.S. : voir LAJOIE, MOLINARI et AUBY, *op. cit.* note 5. Par analogie avec la situation juridique du malade en France, mentionnons que le droit français reconnaît le statut légal du malade en tant qu'usager du service public : voir J.-M. AUBY, *Le droit de la santé*, Thémis, P.U.F., Paris, 1981.

20. L.S.S.S.S., précitée, note 4, articles 9 et 10. Voir aussi l'identification des établissements au *Répertoire des établissements de services de santé et de services sociaux*, ministère de la Santé et des Services sociaux, Direction des communications, Québec, 1988.

21. L.S.S.S.S., précitée, note 4, article 68; *Code civil*, article 356. Cette disposition nous réfère à des catégories de Common Law, comme l'a déterminé la Cour suprême dans l'arrêt *Laurentide Motels Ltd. c. Ville de Beauport*, (1989) 1 R.C.S. 705.

22. Voir d'ailleurs un commentaire dans le même sens à la fin de l'article 13 dans l'édition *Judico de la Loi sur les services de santé et les services sociaux*, Y. RENAUD, J.-L. BAUDOUIN et P. A. MOLINARI, *Services de santé et services sociaux*, 7^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1990-91, p. 43. Il faut cependant ajouter qu'il existe un petit nombre de centres hospitaliers ayant un statut privé, mais ils constituent l'exception.

au sens de la L.S.S.S.S.²³. Il n'est pas certain que cette distinction conduise nécessairement à la reconnaissance de la qualité de mandataire du gouvernement ce qui, en l'état du droit, demeure discutable²⁴. Quoi qu'il en soit, il ne nous paraît pas plausible d'associer un centre hospitalier, comme celui de la Cité de la Santé, à une partie privée dans la mesure où il ne possède pas ce statut parce qu'il ne peut constituer une corporation privée²⁵. Ainsi, la situation de la personne du bénéficiaire et du centre hospitalier doit tenir compte de leur statut juridique particulier d'origine, l'un privé, l'autre public.

Ce statut est susceptible d'évoluer et de se préciser du reste lorsque ces parties entrent en relation dans le cadre de la dispensation de services de santé. À cette occasion, le régime juridique de référence est celui prévu à la L.S.S.S.S. et qui se qualifie, au plan de leurs droits et de leurs obligations, de régime légal de droit public compte tenu de l'imposante armature législative et réglementaire mise en place à cette fin. Nous tenons cette qualification pour être amplement appuyée et démontrée juridiquement; il ne nous semble pas utile de la reprendre à nouveau²⁶. Dans ces conditions, une seule conclusion s'impose : au plan juridique, il n'est pas possible de considérer la situation du bénéficiaire et du centre hospitalier comme justifiant de qualifier de litige privé un litige concernant leurs droits et leurs obligations respectifs légalement reconnus dans la L.S.S.S.S.

Dès lors, leur situation n'est pas non plus comparable à celle des parties dans l'arrêt *Tremblay c. Daigle* à laquelle se réfère le juge dans

23. Voir P. GARANT, *Droit administratif*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1985, p. 108 et R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2^e éd., t. 1, Québec, P.U.L., 1984, pp. 202-207.

24. Toutes les corporations publiques ne sont pas mandataires du gouvernement; dans le cas des établissements de services, l'opinion dominante refuse cette qualification : LAJOIE, MOLINARI et AUBY, *op. cit.*, note 5, p. 1133. Quant à nous, nous avons eu l'occasion de soutenir l'idée contraire, *loc. cit.*, note 4, 303.

25. La confusion, nous en convenons, peut être facilement entretenue; les avocats du centre hospitalier Cité de la Santé de Laval l'avaient d'ailleurs soulevé dans leurs plaidoiries orales auxquelles ne se réfère pas le juge dans le passage précité, note 18.

26. Nous n'entendons pas reprendre ici le débat sur le plan du régime de la responsabilité hospitalière qui, à notre avis, n'est pas pertinent à notre propos. On pourra consulter sur cette question A. LAJOIE, P. A. MOLINARI et J.-L. BAUDOUIN, «Le droit aux services de santé: Légal ou contractuel», (1983) 43 *R. du B.* 675, de même que F. TÔTH, «Contrat hospitalier moderne et ressources limitées : conséquences sur la responsabilité civile», (1989-90) 20 *R.D.U.S.* 313.

l'affaire *Bélanger*²⁷. En l'espèce, les parties étaient toutes deux des personnes physiques ce qui est différent de l'affaire discutée ici. Mais, plus important encore, nous semble-t-il, la qualification de leur situation de litige privé s'inscrivait dans une logique propre au débat juridique suscité par l'injonction demandée pour empêcher un avortement. Il convient dès lors de la replacer dans ce contexte et pour reprendre les termes du juge Beetz de la Cour suprême²⁸:

«Il s'agit d'une action civile entre deux particuliers. Pour que la Charte canadienne puisse être invoquée, l'État doit avoir pris une mesure quelconque qu'on attaque (voir *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, (1986) 2 R.C.S. 573, et *Borowski c. Canada (Procureur général)*, (1989) 1 R.C.S. 342). L'argument selon lequel la Charte suffit par elle-même pour fonder l'injonction en cause ne constitue pas une attaque dirigée contre un acte de l'État. L'intimé n'a cité aucune "loi" dont il peut affirmer qu'elle porte atteinte à ses droits ou à ceux d'autrui.»

Il n'est donc pas possible de tirer une règle générale de ce passage qui constitue du reste au mieux un *obiter dictum*. C'est pourquoi la situation discutée dans l'arrêt *Tremblay c. Daigle* ne peut servir à qualifier la situation dans l'affaire *Bélanger* qui s'en distingue pour deux raisons: la qualité des parties et l'argument présenté par la demanderesse sur la base d'une loi portant atteinte à un droit inscrit dans la Charte. C'est ici toutefois que nous devons poursuivre notre examen.

3 - L'application des Chartes

Abordés sous l'angle de la protection constitutionnelle des droits individuels, les processus décisionnels suivis dans les établissements mettent en relief des éléments souvent méconnus de la mécanique de la mise en oeuvre des Chartes et qui concernent les limites de leur application. Étant donné les distinctions qu'il convient d'établir sur ce point entre la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec et de la *Charte canadienne des droits et libertés*, nous en traiterons séparément avant de les situer dans le contexte des établissements, en insistant davantage sur les problèmes posés par la Charte canadienne.

27. *Supra*, note 18. Il y a toutefois lieu de préciser que les deux litiges avaient un point en commun : dans chaque cas, le jugement rendu l'a été après que la cause d'action (sic) ait été réglée. En effet, la bénéficiaire a pu être relocalisée dans un établissement du choix de sa famille.

28. *Tremblay c. Daigle*, précité, note 18, 571.

Très brièvement, il convient de rappeler que la Charte québécoise s'applique à tous les actes posés par des personnes privées ou par l'administration publique, qu'il s'agisse du gouvernement ou de ses organismes, quelle qu'en soit la désignation, sur la base d'une loi ou d'un règlement²⁹. On peut donc penser que son domaine d'application est très large; il ne paraît pas avoir soulevé à ce jour de difficulté d'interprétation³⁰, ce qui contraste avec la situation de la Charte canadienne. Celle-ci présente apparemment un domaine limité par la conjonction des mots «règle de droit» et «gouvernement»³¹, tels qu'ils ont été interprétés par la jurisprudence³². Nous nous contenterons de présenter les critères généralement retenus pour identifier la portée de chacun, sans chercher à rendre compte de l'ensemble des commentaires qu'ils ont suscités dans la doctrine.

Si le mot gouvernement utilisé dans la Charte canadienne exclut les activités judiciaires d'un tribunal, il recoupe les différents organismes dans l'exercice d'activités dites gouvernementales déléguées au pouvoir exécutif ou administratif. Il peut donc viser diverses formes d'intervention gouvernementale au plan organique ou structurel, mais à la condition que cette intervention demeure au plan matériel reliée à l'exercice d'un pouvoir ou d'une autorité fondé sur une loi ou en découlant. Si ces critères n'étaient pas suffisamment complexes et nébuleux, ils ne sont qu'un obstacle mineur par rapport aux critères définissant une règle de droit. Dans ce cas, le mot s'attache moins à la forme de la norme pour la restreindre aux sources de la loi et du règlement mais vise aussi toute norme émanant d'un acte rattaché à une fonction autorisée par la loi (une règle de droit au sens strict), comme dans le cas d'une décision individuelle. La frontière paraît ici moins

29. *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 3, articles 54 et 56(3). Voir D. LEMIEUX, «La Charte des droits et libertés de la personne et le contentieux administratif», (1988-89) 5 *C.F.P.B.Q.* 245.

30. H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 809.

31. *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 2, articles 1 et 32.

32. En ce qui concerne les mots «règle de droit», on pourra voir l'évolution de la pensée de la Cour suprême dans les arrêts *Irwin Toy Ltd. c. Québec (procureur général)*, (1989) 1 R.C.S. 927 et *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, (1989) 1 R.C.S. 1038, commenté par S. GAUDET, «La règle de droit au sens de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés : commentaires sur l'affaire *Slaight Communications Inc. c. Davidson* [1989] 1 R.C.S. 1038» (1989-90) 20 *R.D.U.S.* 447; relativement au mot «gouvernement», les arrêts *SDGM c. Dolphin Delivery Ltd.*, (1986) 2 R.C.S. 573 et *McKinney c. University of Guelph*, (1988) 46 D.L.R. (4th) 193 (Ont. C.A.), commentés par R. PEPIN, «La Charte canadienne des droits et libertés s'applique-t-elle à l'Université de Sherbrooke?», (1989-90) 20 *R.D.U.S.* 433; voir *infra*, note 34.

précise et paraît mal camoufler la porosité des catégories de classification juridique des normes produites par l'administration gouvernementale. Outre l'absence de concordance entre la terminologie utilisée dans les diverses dispositions de la Charte canadienne, le problème majeur demeure l'absence de cadre de référence et de définition générale.

Comparée à cet égard avec les dispositions de la Charte québécoise, il n'est pas étonnant que les questions demeurent nombreuses quant à l'impact de ces textes sur la situation des établissements de services de santé et sociaux. Nous croyons justifié de prétendre que l'application de la Charte québécoise ne pose pas de difficultés étant donné son cadre élargi; il n'en va pas de même pour la Charte canadienne. Dans ce cas, il nous faut donc reprendre les critères que nous venons d'évoquer relatifs à son domaine d'application pour les confronter à la situation des établissements.

Plutôt que de l'analyser dans sa globalité, nous retiendrons les circonstances dans lesquelles est reconnu le pouvoir d'un centre hospitalier de décider des ressources et des services mis à la disposition d'un bénéficiaire. Un tel pouvoir concerne, en sus de l'admission, les modalités d'hébergement, de traitement et des services connexes, ainsi que la fin de l'hébergement. À un degré ou l'autre, ce pouvoir est encadré par une série de dispositions législatives et réglementaires visant, entre autres, le permis, le plan d'organisation, le contrôle budgétaire de même que les droits des bénéficiaires³³. Par interprétation nécessaire, nous semble-t-il, toutes les conditions qui modulent le processus décisionnel d'un établissement à l'égard d'un bénéficiaire, soit externes en tant que rattachées à la tutelle administrative, soit internes en raison du fonctionnement particulier de l'institution, sont fondées sur la L.S.S.S.

Sur cette base, les activités exercées par un centre hospitalier constituent des activités déléguées par l'administration gouvernementale résultant de sa prise en charge d'une mission sociale relative à la santé et à la dispensation des services qui s'y rapportent³⁴. Cette prise en charge se réalise essentiellement par le financement et les orientations du réseau de la santé déterminés par le ministre responsable ainsi que par les

33. Voir notre étude, *loc. cit.*, note 4.

34. Pour une opinion similaire établie, se référer à LAJOIE, MOLINARI et AUBY, *op. cit.*, note 5, p. 1074, citant R. DUSSAULT, *Traité de droit administratif*, 1^{ère} éd., t. 1, Québec, P.U.L., 1974, p. 139; ce dernier a maintenu cette même analyse dans la 2^e éd. de son ouvrage, *op. cit.*, note 23.

diverses autorisations ou autres moyens de contrôle exercés par le ministre sur les activités des établissements. Ils sont trop nombreux et récurrents pour ne pas être pris en compte. Il ne fait pas de doute dans notre esprit que les établissements publics au Québec puissent être compris dans le sens accordé au mot gouvernement dans la Charte canadienne.

Nous avons pris connaissance de décisions importantes rendues récemment le même jour par la Cour suprême et qui discutent à nouveau des critères d'application de la Charte³⁵. L'une d'entre elles concerne particulièrement la situation des hôpitaux : il s'agit de l'arrêt *Vancouver General Hospital* dans lequel la Cour s'est prononcée sur la politique d'un hôpital relative au retrait des privilèges médicaux à l'âge de 65 ans. Disons tout de suite que le jugement très partagé (quatre juges de la majorité contre trois juges de la dissidence) conclut à la non-application de la Charte puisque l'hôpital ne fait pas partie du Gouvernement au sens de son article 32. Cette décision, dans le contexte des droits invoqués et du statut des parties, reprend les critères développés dans l'arrêt de principe *McKinney* autour de la prétendue discrimination fondée sur l'âge établie en vertu d'une convention collective liant des professeurs d'université à leur employeur. En conséquence, nous ne croyons pas que l'arrêt *Vancouver General Hospital* doive recevoir une attention démesurée sans tenir compte de son cadre juridique particulier.

Le raisonnement adopté par la majorité, sous la plume du juge Laforest, à partir de l'examen du cadre législatif de la Colombie-Britannique, accorde une place importante au critère du contrôle exercé sur l'hôpital³⁶. Pour le juge Laforest, l'appréciation du degré de contrôle

35. Ces arrêts ont été rendus le 6 décembre 1990 et ne sont pas encore rapportés : *McKinney c. University of Guelph*, dossier 20747, J.E. 91-12; *Harrison c. Université de Colombie-Britannique*, dossier 20785, J.E. 91-10; *Douglas College c. Douglas/Kwantlen Faculty Association*, dossier 20800, J.E. 91-8; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, dossier 20795, J.E. 91-11. Ces quatre décisions ont permis à la Cour suprême de discuter des politiques relatives à l'âge de la retraite obligatoire dans le cas d'institutions publiques diverses : deux universités, un collège communautaire et un hôpital. Avant d'en référer au droit à l'égalité de l'article 15 de la Charte canadienne, les juges devaient se prononcer sur leur rattachement au gouvernement en vertu de l'article 32.

36. *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, précité, note 35. Voir les pages 23 à 31 des notes du juge Laforest dans la version française. Cela n'est pas sans rappeler, selon nous, le débat autour de la notion de mandataire du Gouvernement. D'ailleurs, dans l'arrêt *Douglas College* précité, note 35, le juge Laforest semble attribuer à la qualité de mandataire de la Couronne, prévue dans la loi applicable à cette institution, l'indice probant de sa reconnaissance comme partie du Gouvernement.

gouvernemental, selon qu'il s'applique au quotidien ou plutôt aux situations extraordinaires de la gestion hospitalière, ne justifie la qualification d'organisme du gouvernement que dans le seul cas d'un contrôle direct et absolu³⁷. Comme l'hôpital Vancouver General n'est pas assujéti à un contrôle de cette nature sur sa gestion ordinaire, il ne peut donc faire partie du Gouvernement au sens de la Charte. En contraste, l'opinion de la juge Wilson, dissidente, tient compte d'un ensemble de facteurs explicitant davantage les relations gouvernement-hôpital³⁸. Selon elle, trois critères devraient être considérés : outre celui du contrôle général, ils comprennent celui de la fonction gouvernementale reconnue comme faisant partie des obligations de l'État, et celui de la compétence législative provinciale sur la santé dans l'intérêt public. Il ne fait pas de doute pour elle que : «comme l'hôpital appelant existe et fonctionne en vertu de lois, comme il est strictement réglementé par le gouvernement et remplit une fonction traditionnellement propre au gouvernement dans l'intérêt public, il s'inscrit dans la notion de gouvernement pour les fins de l'article 32»³⁹. Nous ne pourrions mieux exprimer, à notre avis, la situation d'un centre hospitalier.

Certes, on pourrait encore longtemps poursuivre la discussion des motifs invoqués de part et d'autre; mais cet exposé dépasse le cadre de notre propos. Qu'il nous suffise de souligner les éléments devant servir à distinguer la situation du centre hospitalier québécois que nous avons présentée de celle discutée dans la décision *Vancouver General Hospital*. Non seulement le régime juridique auquel l'un et l'autre sont soumis semble différent, mais surtout la nature du droit invoqué paraît aux antipodes. L'on ne peut, en effet, faire de parallèle entre les privilèges médicaux et les droits d'une bénéficiaire dans le cas d'un transfert d'établissements. Les privilèges ne sont pas des droits énoncés comme tels dans la L.S.S.S.S., au contraire de ceux qu'elle reconnaît aux bénéficiaires⁴⁰. Étant donné le contexte juridique, nous ne pensons pas retenir de l'arrêt *Vancouver General Hospital* un principe général

37. *Ibid.*, p. 27.

38. *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, précitée, note 35. Voir les pages 2 à 16 de la version française des notes de la juge Wilson. Il ne fait pas de doute selon elle que l'analyse historique, juridique, sociale et politique de la dispensation des soins de santé amène à conclure que les hôpitaux font partie du gouvernement au sens de la Charte.

39. *Ibid.*, p. 16.

40. L.S.S.S.S., précitée, note 4, articles 4-6 (bénéficiaires) et 129-131 (nomination des médecins). C'est plutôt au *Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements*, précité, note 4, que l'on retrouve détaillé le régime du statut et des privilèges qui n'a pas beaucoup été simplifié par rapport au texte réglementaire commenté par LAJOIE, MOLINARI et AUBY, *op. cit.*, note 5, p. 484 et suiv.

applicable aux centres hospitaliers du Québec. Ceux-ci sont soumis à la Charte canadienne et à la Charte québécoise, et particulièrement, en ce qui concerne leur processus décisionnel à l'égard des bénéficiaires.

CONCLUSION

L'affaire *Bélanger c. Cité de la Santé de Laval* a abordé une question délicate, celle de la qualification d'un litige entre une bénéficiaire et un centre hospitalier, pour conclure à son caractère privé et écarter l'argument basé sur les droits constitutionnels. Nous avons voulu démontrer que l'application des Chartes, spécialement de la Charte canadienne, ne peut être rapidement retenue ou exclue sans un examen sérieux et rigoureux de la situation juridique de la relation entre une bénéficiaire et un centre hospitalier. Le résultat dans l'affaire *Bélanger*, à notre avis, est malheureux dans la mesure où la discussion de cette question paraît trop brève. Il nous semblerait éminemment souhaitable que le statut des établissements de santé et de services sociaux au Québec soit davantage clarifié et mieux compris. C'est le rôle de la doctrine d'aider les plaideurs et les juges à aborder ces questions litigieuses conformément à l'état du droit. Mais il revient plutôt au législateur de les prévenir : le récent dépôt du Projet de loi 120 portant réforme de la L.S.S.S.⁴¹ n'apparaît pas à ce chapitre très prometteur.

41. Présenté à l'Assemblée nationale le 10 décembre 1990 par son parrain l'actuel ministre de la Santé, Marc-Yvan Côté. Le projet de loi intitulé : *Loi sur les services de santé et les services sociaux et modifiant diverses dispositions législatives*, Projet de loi 120, 1^{re} session, 34^e Législature, connaît actuellement un cheminement difficile en vue de son adoption rendant précaires les conclusions sur la situation juridique des parties au lendemain de la réforme.